

Adam Złotek

Odpowiedzialność karna lekarza transplantologa

1. Uwagi ogólne

Aktem normatywnym regulującym obecnie kwestię odpowiedzialności karnej lekarza dokonującego przeszczepów jest ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹ (dalej: ustawa transplantacyjna). Ustawa ta uchylila obowiązującą poprzednio ustawę z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów² (dalej: stara ustawa transplantacyjna).

Przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych problemów interpretacyjnych związanych z przepisami karnymi ustawy transplantacyjnej, zawartymi w rozdziale 10 tej ustawy, zostaną przedstawione pewne kwestie o charakterze ogólnym, związane z podstawową terminologią prawa medycznego.

Uważam, że dla dalszych rozważań szczególnie użytecznymi terminami będą pojęcia czynności lekarskiej oraz leczniczej. Zdaniem Mariana Filara, zasadnicza różnica między obydwojema terminami leży w celu takich działań. Według niego, za czynność lekarską należy uznać każde działanie podjęte z zastosowaniem technik i procedur znanych medycynie, a których przedmiotem jest organizm ludzki³. Tak więc działania te podejmuje się nie tylko w celach leczniczych, ale także np. badawczych. Natomiast za czynność leczniczą należy uznać tylko „...takie działania lekarskie podejmowane w relacji do pacjenta, które jest podjęte w celu ratowania jego życia, zdrowia

¹ Dz.U. Nr 169, poz. 1411.

² Dz.U. Nr 138, poz. 682, ze zm.

³ M. F i l a r, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 87–90.

lub zmniejszenia cierpień fizycznych i psychicznych”⁴. Cel leczniczy jest zrealizowany wówczas, gdy czynność lekarska w sposób zobiektywizowany skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-medycznym⁵. Wydaje się, że termin czynności leczniczych obejmuje także działania o charakterze profilaktycznym, w przeciwieństwie do terminu zabiegu leczniczego. Oba pojęcia, zarówno czynności leczniczej, jak i lekarskiej, w ujęciu M. Filara, są oderwane od kryterium podmiotowego, jakim jest osoba lekarza. Zdaniem tego autora czynność może mieć charakter leczniczy albo lekarski, niezależnie od tego czy dokonuje ją uprawniony lekarz, czy też nie. Marian Filar używa terminu „czynności lekarskie” zamiennie z pojęciem „lekarskie działania nieterapeutyczne”. Z kolei synonimem określenia „czynności lecznicze” są „działania terapeutyczne”⁶. Reasumując, można zatem podzielić wszelkie działania lekarza na te, których wyłącznym celem jest ratowanie zdrowia i życia pacjenta (działania terapeutyczne) oraz te, które poza walo-rem leczniczym spełniają inne cele (działania nieterapeutyczne).

Innym podziałem wprowadzonym przez M. Filara jest podział na zabiegi o charakterze leczniczym oraz lekarskim. Wyróżnianie tych dwóch rodzajów zabiegów ma znaczenie dla określenia zakresu znamion z art. 192 k.k.⁷, gdzie mowa jest o wykonywaniu zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta. Kryterium odróżnienia czynności od zabiegu jest waga i stopień skomplikowania działania. Marian Filar zabieg lekarski definiuje jako: „każdą czynność leczniczą lub lekarską, która ze względu na właściwą jej technikę medyczną łączy się z naruszeniem integralności cielesnej pacjenta (np. zabieg operacyjny, iniekcja, pobranie płynu rdzeniowego itp.) lub fizycznym wniknięciem w ciało pacjenta bez naruszania tkanki cielesnej (np. sonda żołądkowa)”⁸. Nie ulega wątpliwości, że w terminie zabiegu lekarskiego nie mieszczą się działania profilaktyczne. Zakres pojęcia zabiegu lekarskiego jest szerszy od zabiegu leczniczego. W tym drugim mieszczą się tylko te z zabiegów lekarskich, których celem jest wyłącznie poprawienie zdrowia pacjenta.

Z punktu widzenia transplantologii lekarskiej, biorąc pod uwagę kryterium witalnego stanu dawcy, podstawowe znaczenie mają dwa rodzaje przeszczepów: *ex vivo* oraz *ex mortuo*. Pierwszy z nich polega na pobraniu

⁴ *Ibidem*, s. 90

⁵ P. D a n i ł u k, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 46.

⁶ Por. M. F i l a r, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 90.

⁷ Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553, ze zm.

⁸ Zob. M. F i l a r, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 90.

określonego organu od żyjącego dawcy i wszczępieniu go do organizmu biorcy. Drugi polega na pobraniu organu do przeszczepu od nieżyjącego już człowieka.

Drugim, mającym znaczenie praktyczne, kryterium podziału transplantacji jest zgodność genetyczna dawcy i biorcy. W oparciu o nie, przeszczepy możemy podzielić na: autogeniczne (gdy tkankę przemieszczamy z jednego miejsca w drugie w obrębie tego samego osobnika), izogeniczne (gdy przeszczepu dokonujemy pomiędzy osobnikami identycznymi pod względem genetycznym, np. pomiędzy bliźniakami monozygotycznymi), allogeniczne (gdy przeszczepiamy tkanki pomiędzy różnymi genetycznie osobnikami tego samego gatunku, np. przeszczepy *ex vivo* i *ex mortuo*) oraz ksenogeniczne (gdy przeszczepu dokonujemy między osobnikami dwóch różnych gatunków, np. wszczepiamy człowiekowi serce świni)⁹.

Dla dalszych rozważań kluczowe znaczenie ma pojęcie przeszczepu allogenicznego. Wydaje się, że najpełniejszą definicję tego rodzaju transplantacji zawarł w swoim podręczniku Roman Góral, który stwierdza, że jest to: „wykonywane operacyjnie przemieszczenie tkanki lub całego narządu (przeszczepu) w przypadku określonych stanów chorobowych [...] od jednego człowieka (dawcy) do drugiego (biorcy), które ma na celu uzupełnienie ubytku lub przywrócenie czynności”¹⁰.

Polski ustawodawca wyróżnił w ustawie transplantacyjnej cztery rodzaje przeszczepów, które mieszają oba przedstawione powyżej kryteria medyczne. Są to zatem transplantacje: *ex vivo*, *ex mortuo*, oraz przeszczepy ksenogeniczne i szczególny rodzaj transplantacji, określony w art. 21 ustawy transplantacyjnej, polegający na przeszczepieniu organu, który pierwotnie został usunięty z organizmu dawcy w celu innym niż przeszczep (np. w celu diagnostycznym). Wszystkie typy prezentowanych poniżej transplantacji są uznawane przeze mnie za kontratypy.

2. Transplantacja *ex mortuo*

W doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że transplantacja *ex mortuo* to zabieg, który możemy zaliczyć do czynności o charakterze wyłącznie leczniczym. Ratując zdrowie bądź życie biorcy nie naruszamy jednocze-

⁹ Kryterium i podział podaję za: J. D u d a, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*, Kraków 2004, s. 18–19.

¹⁰ R. G ó r a l, w: *Zarys chirurgii – podręcznik dla studentów medycyny*, t. I, red. R. Góral, Warszawa 1987, s. 154; cyt. za: J. D u d a, *op. cit.*, s. 18.

śnie żadnych dóbr nieżyjącego dawcy¹¹. Pewne zastrzeżenia zgłasza w tym zakresie Kazimierz Rozentál, który uważa, iż istnieją takie przeszczepy *ex mortuo*, które nie mają charakteru wyłącznie leczniczego, np. wszczepienie tkanek zmarłego dawcy do organizmu biorcy w celach kosmetycznych¹². Jednakże, ze względu na marginalne znaczenie w praktyce takich zabiegów, w dalszych wywodach nie będę się nimi zajmował.

Zabieg *ex mortuo* jest przeprowadzony zgodnie z prawem, jeśli spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

a) Dawca organu nie wyraził za życia sprzeciwu. Warto zaznaczyć, że istnieją dwa podstawowe modele zgody dawcy na przeszczep organów w razie jego śmierci. Pierwszy z nich, zwany modelem anglo-amerykańskim, zakłada, że konieczne jest uzyskanie pozytywnie wyrażonej zgody dawcy na pobranie z jego zwłok materiału do przeszczepów. Drugi, zwany modelem belgijsko-francuskim, który przyjęła polska ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (dalej: ustawa transplantacyjna)¹³, oparty jest na domniemaniu zgody dawcy. Dopiero wyraźny sprzeciw potencjalnego dawcy powoduje, że nie można pobrać z jego zwłok materiału do przeszczepu¹⁴. Według polskiej ustawy transplantacyjnej sprzeciw ten może wyrazić zarówno osoba pełnoletnia, jak i małoletni powyżej 16 lat. W stosunku do wszystkich małoletnich oraz w stosunku do innych osób nie posiadających pełnej zdolności do czynności prawnych sprzeciw może wyrazić ich przedstawiciel ustawowy (zob. art. 5 ustawy transplantacyjnej). Sprzeciw może zostać wyrażony w trzech alternatywnych formach: w postaci wpisu w specjalnym centralnym rejestrze sprzeciwów, oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis, oraz oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego (zob. art. 6 ustawy transplantacyjnej). Sprzeciw małoletniego powyżej 16 lat lub jednego z przedstawicieli ustawowych wiąże pozostałe uprawnione osoby (zob. art. 6 ust. 2 ustawy transplantacyjnej). Należy podkreślić z całą stanowczością, że nie ma prawnego znaczenia sprzeciw rodziny zmar-

¹¹ Obecnie brak jest bowiem przepisów chroniących nienaruszalność zwłok ludzkich (inaczej jak pod rządami Kodeksu karnego z 1932 r. – zob. art. 169 k.k. z 1932 r.).

¹² Por. K. Rozentál, *Nowe uregulowania ustawowe dotyczące transplantologii*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 9, s. 31.

¹³ Dz.U. Nr 169, poz. 1411.

¹⁴ Co do modeli zgody w transplantacji dokładnie wypowiada się E. Zielińska, *Transplantacja w świetle prawa polskiego i na świecie*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 6, s. 17 i n.

łego wyrażony po jego śmierci, nawet w stosunku do małoletniego. W tym zakresie mamy do czynienia z bardzo częstą praktyką, która jest niezgodna z literą prawa, na co zwracał uwagę m.in. Jacek Ignaczewski¹⁵.

W pełni zgadzam się z Juliuszem Dudą, według którego ustawodawca zachował się bardzo nie fair w stosunku do społeczeństwa, wprowadzając zasadę zgody domniemanej i wymóg wyraźnego sprzeciwu dawcy na wypadek śmierci. Przy bardzo niskiej świadomości prawnej polskiego społeczeństwa warunek sprzeciwu wydaje się być fikcją, która będzie musiała budzić znaczne konflikty z rodziną zmarłej osoby. Zdaniem J. Dudy jedyną racjonalną przesłanką wprowadzenia zgody domniemanej są względy natury medycznej (stosunkowo mała liczba dawców narządów), które nie zawsze pozostają w zgodzie ze względami natury etycznej¹⁶.

Bardzo istotny problem porusza Mariusz Żelichowski. Według niego, nie jest wiadome, czy sprzeciw dotyczy wszystkich celów pobrania postmortalnego (diagnostycznego, naukowego, dydaktycznego i leczniczego – zob. art. 4 ust. 1 ustawy transplantacyjnej), czy wyłącznie celu leczniczego, skoro zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, pobranie narządu lub organu następuje w celu przeszczepienia¹⁷. Zdaniem M. Żelichowskiego, problem leży w rozumieniu i granicach prawa do samostanowienia. W pierwszym ujęciu, prawo do samostanowienia nie sięga poza granice życia ludzkiego, aczkolwiek prawo pozytywne może przyznać pewne uprawnienia przekraczające te granice, np. możliwość wyrażenia sprzeciwu na pobranie *post mortem*. W takim wypadku, skoro prawo przyznaje człowiekowi jedynie możliwość wyrażenia sprzeciwu na pobranie *post mortem* tylko do celu leczniczego, to nie ma on uprawnienia do wyrażania sprzeciwu wobec pozostałych celów określonych w art. 4 ust. 1 ustawy transplantacyjnej. Oznacza to, że gdyby lekarz pobrał organ z organizmu nieżyjącego dawcy w celu innym niż leczniczy, mimo jego sprzeciwu, to takie działanie byłoby legalne. W drugim ujęciu, prawo do samostanowienia obejmuje także interwencje medyczne dokonywane po śmierci człowieka, zaś prawo pozytywne ma na celu jedynie jego ochronę. W takim wypadku art. 5 ust. 1 ustawy transplantacyjnej należy traktować wyłącznie jako przepis ograniczający, a nie przyznający prawo do samostanowienia. Oznacza to, że dla pobrania organu *post mortem* w celach diagnostycznych, nauko-

¹⁵ J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 74.

¹⁶ Por. J. Duda, *op. cit.*, s. 61–62.

¹⁷ M. Żelichowski, *Pobranie komórek, tkanek i narządów: zgoda jest regułą, sprzeciw wyjątkiem*, „Rzeczpospolita” z 25 IX 2007 r.

wych, i dydaktycznych konieczna byłaby zgoda dawcy wyrażona za jego życia (jakkolwiek nie wymagana wprost w ustawie, lecz wynikająca z istoty prawa do samostanowienia), a na pobranie w celach leczniczych już tylko brak jego sprzeciwu (wskutek ograniczenia z art. 5 ust. 1)¹⁸. Mariusz Żelichowski uważa, że drugie ujęcie jest właściwsze, bowiem w pełniejszym stopniu uwzględnia wykładnię przepisów ustawy transplantacyjnej, zgodnie z aksjologią konstytucji (opartej na idei przyrodzonych i niezbywalnych praw człowieka – art. 30). W pełni zgadzam się z uwagami tego autora.

Z kolei Ewa Guzik-Makaruk, sugeruje w swej pracy habilitacyjnej, aby minister zdrowia informował pisemnie o prawie do złożenia sprzeciwu na pośmiertne pobranie jego organów i narządów każdego małoletniego, który ukończy 16. rok życia¹⁹. Uważam, że nałożenie takiego obowiązku na ministra właściwego ds. zdrowia jest zbyt daleko idące. W pełni zgadzam się z tą autorką co do kwestii, że jednym z obowiązków ministra, wyrażonym w ustawie transplantacyjnej, powinno być prowadzenie akcji edukacyjnej na temat transplantologii²⁰. Dobrym pomysłem, zaproponowanym przez Jana Lipskiego, wydaje się być wprowadzenie obowiązku poinformowania osób, które ukończyły 18 lat, o figurującym w rejestrze sprzeciwie, który został zgłoszony przez przedstawiciela ustawowego²¹.

b) Biorca wyraził ważną zgodę na przeszczep organu od nieżyjącego dawcy. Ustawa transplantacyjna nie ogranicza zakresu podmiotowego przeprowadzenia zabiegów *ex mortuo*. Zarówno biorcą, jak i dawcą w takich zabiegach może być osoba małoletnia lub ubezwłasnowolniona. Ustawa nie wyznacza żadnych szczególnych warunków jakie powinna spełniać zgoda na zabieg *ex mortuo*. Oznacza to, że mają w tym zakresie zastosowanie odpowiednie przepisy ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry²² (dalej: ustawa lekarska), które należy traktować jako *lex generalis* w stosunku do przepisów *lex specialis*, zawartych w ustawie transplantacyjnej. Artykuł 34 ustawy lekarskiej zajmuje się zabiegami operacyjnymi i metodami leczenia, które stwarzają podwyższone ryzyko dla pacjenta. Myślę, że wszystkie przeszczepy

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Por. E. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 290.

²⁰ *Ibid.*, s. 305.

²¹ Por. J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, narządów i tkanek*, druk sejmowy nr 3856, dostępna na oficjalnych stronach internetowych Sejmu RP pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/OpenForm?OpenForm&3856>.

²² Tekst jednolity Dz.U. z 2008 r., Nr 136, poz. 857.

ex mortuo można abstrakcyjnie zakwalifikować do tej grupy zabiegów. Konsekwencją tego będzie stwierdzenie, że osobą uprawnioną do wyrażenia zgody będzie, co do zasady, sam pacjent (zob. art. 34 ust. 1 ustawy lekarskiej). Niemniej jednak mają także zastosowanie przepisy o zgodzie kumulatywnej oraz zastępczej przewidziane w art. 34 ust. 3–6 ustawy lekarskiej, a to oznacza, że w pewnych przypadkach osobą uprawnioną do udzielenia zgody na przeszczep *ex mortuo* mogą być przedstawiciele ustawowi bądź odpowiedni sąd opiekuńczy. Co do zasady zgodę na tego rodzaju transplantację, należy zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy lekarskiej wyrazić w formie pisemnej. Odstępstwem od tej regulacji jest ust. 7 tegoż artykułu, który przewiduje wyjątkową sytuację, w której nie potrzeba w ogóle zgody uprawnionych podmiotów. Ze względu na ramy niniejszej pracy rezygnuję z omawiania problemów prawnych związanych ze stosowaniem przepisów art. 34 ustawy lekarskiej i odsyłam w tym zakresie do wypowiedzi przedstawicieli doktryny²³.

c) Brak sprzeciwu prokuratora w sytuacji uzasadniającej podejrzenie, że zgon potencjalnego dawcy nastąpił w wyniku czynu zabronionego. Wymaganie to ustawa transplantacyjna określa w art. 8 ust. 1, z zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy podejrzanym jest nieletni, zamiast prokuratora sprzeciw może wyrazić odpowiedni sąd rodzinny.

d) Nastąpiło trwałe i nieodwracalne ustanie czynności mózgu, co zostało potwierdzone przez niezależną komisję lekarską (zob. art. 9 ustawy transplantacyjnej).

e) Lekarz dokonał przeszczepu *lege artis*. Zdaniem A. Zolla, w stosunku do każdej czynności lekarskiej istnieją pewne medyczne reguły postępowania (są to głównie zasady o charakterze technicznym). Wyjątkiem są eksperymenty, gdzie nie ma jeszcze wypracowanych reguł, bądź te reguły są tylko w niewielkim stopniu wypracowane przez specjalistów z określonej dziedziny. Wyznacznikiem tych zasad postępowania jest aktualna wiedza oraz doświadczenie. Wykonanie zatem przeszczepu zgodnie z tymi regułami oznacza, że zabieg został dokonany *lege artis* i nie miał miejsce błąd w sztuce lekarskiej. Andrzej Zoll zwraca uwagę, że samo naruszenie zasad postępowania nie przesądza w sposób bezwzględny odpowiedzialności karnej. Każdą z tych reguł należy bowiem zrelatywizować do konkretnych warunków. Inaczej należy bowiem spojrzeć na lekarza dokonującego zabiegu w słabo wyposażonym ośrodku medycznym, ina-

²³ Zob. np. M. Filar, *Lekarskie...*, op. cit., s. 263–266.

czej w najnowocześniejszej klinice chirurgicznej. Podobnie, inaczej należy oceniać reguły postępowania w stosunku do lekarza stażysty, czy lekarza ze specjalizacją w określonej dziedzinie²⁴. Dobrze obrazuje to zagadnienie orzeczenie SN z 8 września 1973 r., na które powołuje się A. Zoll: „Ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej”²⁵. Uważam, że koncepcja relatywizacji błędu sztuki przedstawiona przez A. Zolla jest przekonywująca. Pragnę jednak zauważyć, że nie ma ona zastosowania w przypadku przeszczepów. Do ustawy transplantacyjnej zostało bowiem wydane rozporządzenie Ministra Zdrowia, określające kwalifikacje osób przeprowadzających przeszczepy oraz zawierające wymagania stawiane zakładom uprawnionym do tego rodzaju zabiegów²⁶. Z tych też powodów, w dalszej części niniejszej pracy błąd w sztuce lekarskiej z naruszeniem zasad postępowania z określonym dobrem prawnym nie będzie relatywizowany do określonego podmiotu czy też sytuacji. W tym miejscu pragnę również podkreślić, że w dalszej części artykułu nie będą omawiane poszczególne elementy modelu obiektywnego przypisania skutku, których istnienie warunkuje przecież odpowiedzialność karną lekarza w sytuacji popełnienia przez niego błędu w sztuce lekarskiej. Stwierdzenie, że lekarz popełnił błąd w sztuce, który jest naruszeniem reguł ostrożności, będzie w uproszczeniu oznaczało, że także pozostałe elementy obiektywnego przypisania skutku są spełnione (istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem lekarza a skutkiem, wystąpił prawnie relewantny skutek, lekarz był gwarantem nie zaistnienia skutku, lekarz naruszył reguły ostrożności postępowania z dobrem prawnym itd.).

2.1. Brak sprzeciwu nieżyjącego dawcy

W pierwszej kolejności warto zastanowić się czy lekarz dokonujący pobrania tkanki, organu lub narządu od nieżyjącego dawcy wbrew jego sprzeciwowi będzie ponosił odpowiedzialność karną z tego tytułu. Osob-

²⁴ Por. A. Z o 11, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 52–55.

²⁵ I KR 116/72, OSNKW 1974, nr 2, poz. 26.

²⁶ Zob. rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 16 VII 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów (Dz.U. Nr 138, poz. 973).

no należy rozważyć ewentualną odpowiedzialność lekarza dokonującego wszczepienia wcześniej pobranej tkanki, organu lub narządu do organizmu biorcy mimo istnienia sprzeciwu nieżywającego dawcy.

Moim zdaniem, nie ma znaczenia dla prawnej oceny lekarza dokonującego przeszczepu (zarówno wszczepiającego, jak i pobierającego wcześniej pobrany organ) to, czy mamy do czynienia ze sprzeciwem samego dawcy, czy też ze sprzeciwem innych uprawnionych podmiotów wyrażonym za życia dawcy.

Na początku chciałbym postawić tezę, że zachowanie lekarza pobierającego organ od nieżywającego dawcy wbrew jego wyraźnemu sprzeciwowi jest, moim zdaniem, niekaralne w świetle przepisów prawa karnego.

Uważam, że dla odpowiedzialności karnej wyżej przedstawionego zachowania lekarza, znaczenie mogą mieć cztery typy czynów zabronionych. Są to art. 192 i art. 262 k.k. oraz art. 44 ust. 1 i art. 46 ustawy transplantacyjnej.

Wydaje się, że wyżej przedstawione działanie lekarza może wypełniać znamiona art. 262 § 2 k.k., zgodnie z którym: „Kto ograbia zwłoki, grób, lub inne miejsce spoczynku zmarłego podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Problem tkwi m.in. w rozumieniu słowa „ograbieć”. Zbigniew Ćwiąkałski w komentarzu uznaje, że w ramach art. 262 § 2 k.k. mieszczą się zachowania polegające na kradzieży (ograbieć znaczy tyle samo co okraść) jakichkolwiek przedmiotów znajdujących się przy zmarłym i dla niego przeznaczonym oraz fragmentów ciała (np. kości szkieletu lub narządy)²⁷. Z takim ujęciem nie zgadza się Joanna Piórkowska-Flieger, która uważa, że kradzież elementów zwłok ludzkich wypełnia znamiona art. 262 § 1 k.k., a nie § 2, ponieważ jest to przede wszystkim znieważenie zwłok, a nie tylko ich okradanie²⁸.

Jestem zdania, że działanie lekarza polegające na pobraniu organu ze zwłok ludzkich w celu ich transplantacji mimo sprzeciwu dawcy organu nie wypełnia znamion art. 262 k.k. § 1 i § 2 k.k. Należy zwrócić uwagę na przedmiot ochrony tego przepisu. W doktrynie nie ulega wątpliwości, że jest nim cześć, szacunek i spokój należny zmarłym i miejscu ich wiecznego spoczynku²⁹. Według mnie, celem wprowadzenia przepisów

²⁷ Z. Ćwiąkałski, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. A. Zoll, Kraków 1999, teza 4 do art. 262 k.k.

²⁸ Por. J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2006, teza 3 do art. 262 k.k.

²⁹ Por. m.in. Z. Ćwiąkałski, w: *Kodeks karny. Część..., op. cit.*, teza 1 do art. 262 k.k.; J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny. Komentarz, op. cit.*, teza 2 do art. 262 k.k.

o sprzecznie dawcy przy zabiegach *ex mortuo* jest ochrona systemu wartości i przekonań moralnych dawcy, który może nie życzyć sobie, aby ktokolwiek pobierał jakiegokolwiek organy z jego ciała. Ze względu na bardzo wyraźną różnicę w przedmiocie ochrony prawnej nie może mieć tutaj zastosowania art. 262 k.k.

Moim zdaniem, także art. 192 k.k. nie będzie odpowiednim przepisem dla subsumcji zachowania lekarza dokonującego pobrania narządu, mimo sprzeciwu nieżyjącego dawcy. Decydujące znaczenie ma w tym wypadku wykładnia znamienia „pacjent”, użytego w tym artykule. Według mnie, niezależnie od tego jak bardzo szeroko będziemy rozumieć termin „pacjent”, dawca *ex mortuo* nie mieści się w zakresie tego pojęcia. Dawca taki nie posiada podmiotowości prawnej, gdyż nie żyje, zatem nie można sensownie powiedzieć o nim, że jest pacjentem, mimo że jego zwłoki uczestniczą w procesie medycznym pobrania narządu.

Nie można w omawianej sytuacji skorzystać z art. 46 ustawy transplantacyjnej. Zgodnie z nim: „Kto, bez wymaganego pozwolenia, pobiera komórkę, tkankę lub narząd w celu ich przeszczepienia albo je przeszczepia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3”. Uważam, że przepis ten odnosi się, zgodnie z wykładnią literalną, jedynie do pozwolenia o jakim mowa w art. 36 ustawy transplantacyjnej.

Artykuł 46 ustawy transplantacyjnej odnosi się, moim zdaniem, jedynie do pobierania mimo braku pozwoleń ministra właściwego do spraw zdrowia. Nie obejmuje swoim zakresem działania wbrew sprzeciwowi uprawnionego podmiotu lub działania mimo braku odpowiedniej zgody sądu. Zarówno zgoda sądu, jak i sprzeciw z art. 6 ustawy transplantacyjnej nie jest bowiem administracyjnym pozwoleniem. Gdyby ustawodawca chciał zakresem art. 46 ustawy transplantacyjnej objąć brak sprzeciwu dawcy oraz informację prokuratora o braku sprzeciwu na zabieg *ex mortuo*, a także zgodę sądową, użyłby innego sformułowania niż pozwolenie (np. poprzez wprowadzenie zwrotu: „Kto bez wymaganego, pozwolenia lub zgody, albo wbrew sprzeciwowi odpowiedniego organu...” itp.). Zgodnie z wykładnią literalną, użycie słowa „pozwolenie” w art. 46 ustawy transplantacyjnej ogranicza, moim zdaniem, zakres tego przepisu jedynie do pozwoleń ministra właściwego do spraw zdrowia.

Na marginesie chciałbym podkreślić, że z zupełnie niezrozumiałych dla mnie powodów poza zakresem art. 46 ustawy transplantacyjnej znalazło się zachowanie polegające na przechowywaniu organów mimo braku odpowiedniego pozwolenia ze strony ministra do spraw zdrowia. Skutkiem

nie zamieszczenia takiego zachowania w art. 46 ustawy transplantacyjnej jest brak karalności takiego działania, bowiem art. 45 ustawy, obejmujący swoim zakresem także przechowywanie organów, jest związany jedynie z działalnością w ramach banku komórek i tkanek.

Pozostaje w tej chwili rozważenie, czy zachowanie lekarza, polegające na pobraniu organu w ramach przeszczepu *ex mortuo* mimo wyraźnego sprzeciwu uprawnionego podmiotu, można zakwalifikować jako dokonanie czynu zabronionego, określonego w art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej.

W literaturze szereg wątpliwości budzi problem jak zakwalifikować zachowanie lekarza pobierającego organ od nieżyjącego dawcy wbrew jego sprzeciwowi wyrażonemu w prawnie przewidzianej formie zgodnie z art. 6 ustawy transplantacyjnej. Zdaniem Agnieszki Liszewskiej, ocena prawnokarna takiego zachowania nie jest jednoznaczna³⁰. Zwraca ona uwagę, że polski kodeks karny nie przewiduje odpowiedniego typu przestępstwa, którego znamiona zostałyby zrealizowane poprzez takie zachowanie lekarza. Sugeruje, że może w tym wypadku wchodzić w grę jedynie art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej³¹ (odpowiednik dzisiejszego art. 44 ust. 1, który różni się od poprzednika wyłącznie zagrożeniem karnym). Zgodnie z obecnym przepisem: „Kto w celu uzyskania korzyści majątkowej nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek, lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3”. Autorka zwraca uwagę, że przepis ten był pierwotnie projektowany jako typ przestępstwa penalizującego jedynie zachowania podejmowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i początkowo nie zawierał drugiego członu³². Zdaniem A. Liszewskiej, stosowanie tego przepisu nasuwa dwa rodzaje wątpliwości. Po pierwsze, nie wiadomo czy znamie „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” odnosi się jedynie do nabywania lub zbywania cudzej komórki, tkanki lub narządu oraz pośredniczenia w ich nabyciu lub zbyciu, czy odnosi się również do drugiego członu tego przepisu, a więc do przeszczepiania pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub na-

³⁰ Por. A. Liszewska, *Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 75–76.

³¹ Ustawa z dn. 26 X 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. Nr 138, poz. 682, ze zm.).

³² Por. A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za niezgodne z prawem pobranie organów, tkanek lub narządów za życia dawcy*, „Palestra” 1996, nr 5/6, s. 43.

rządów. Zdaniem A. Liszewskiej, w zależności od przyjętej wykładni tego przepisu, przeszczepianie organu pozyskanego ze zwłok człowieka, który za życia wyraził sprzeciw, jest karalne tylko wtedy, gdy zostało dokonane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, albo też każde branie przez lekarza udziału w przeszczepianiu tak pozyskanego organu jest zabronione pod groźbą kary, o ile oczywiście miał on świadomość istnienia sprzeciwu.

Agnieszka Liszewska zwraca uwagę, że pobranie organu z organizmu dawcy jest czynnością oderwaną od jego wszczepienia w organizm biorcy. Jednocześnie każdy z tych zabiegów dokonywany jest przez inny zespół lekarzy. W art. 44 ust. 1 ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów [...]”. Użycie słowa „przeszczepianie” wskazuje, że chodzi zarówno o pobieranie, jak i wszczepianie. W tym kontekście trudno, zdaniem autorki, zrozumieć, dlaczego ustawodawca posłużył się czasem przeszłym dla określenia czynności pozyskiwania organu do przeszczepu. Zdaniem A. Liszewskiej sugeruje to, że samo tylko pozyskiwanie komórek, tkanek lub narządu wbrew przepisom ustawy (w omawianym przykładzie chodzi o zabieg pobrania organu ze zwłok mimo wyrażonego za życia sprzeciwu) nie jest jeszcze karalne. Karalne stają się dopiero czynności wszczepiania tak pozyskanych wcześniej organów. Nie wydaje się, aby intencją ustawodawcy było penalizowanie jedynie zabiegu wszczepiania organu pozyskanego z naruszeniem przepisów prawa, na co wskazuje przede wszystkim użycie w art. 44 ust. 1 słowa „przeszczepianie”, zamiast „wszczepianie”. Agnieszka Liszewska wskazuje, że przepis typizujący takie przestępstwo jest bardzo niejednoznaczny, co narusza podstawową funkcję zasady *nullum crimen sine lege*. Autorka nie podejmuje się jednak przesądzenia, jaki typ czynu zabronionego realizuje zachowanie lekarza wszczepiającego bądź pobierającego organ wbrew sprzeciwowi wyrażonemu przez nieżyjącego już dawcę.

Do ciekawych wniosków dochodzi Marian Filar, który jest zdania, iż trudno sobie wyobrazić sytuację, w której lekarz narusza przepisy o sprzeciwie nieżyjącego dawcy lub inne przepisy formułujące pozostałe warunki o charakterze formalnym (odnoszące się zarówno do przeszczepów *ex vivo*, jak i *ex mortuo*), a z naruszeniem których nie łączyłaby się jakakolwiek forma odpłatności dla pobierającego narząd lekarza. Zatem wszelkie formy naruszenia sprzeciwu, jak i naruszenia pozostałych przesłanek formalnych (dokonanie przeszczepu bez zgody sądu, nieuwzględnienie sprzeciwu prokuratora itp.) niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z przeszczepami między żyjącym, czy z przeszczepami ze zwłok ludzkich, należy badać

przez pryzmat art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej, w oderwaniu od tego, czy u ich podstaw leży uzyskiwanie korzyści majątkowej, czy też nie. Według M. Filara, u podstaw każdego takiego zachowania niezgodnego z przepisami leży uzyskanie jakiejś korzyści materialnej³³.

Moim zdaniem, M. Filar stawia znak równości pomiędzy zachowaniami naruszającymi przepisy formułujące warunki techniczno-formalne przeszczepu (wymogiem formalnym jest np. brak sprzeciwu dawcy organu przy przeszczepach *ex mortuo*), a takimi samymi zachowaniami, które są wynikiem mniej lub bardziej zakamuflowanej łapówki dla lekarza. Z całą pewnością można naruszyć przepisy bez przyjmowania korzyści materialnej za takie działanie. Uważam, że stanowisko tego autora zbyt upraszcza problem.

Bardzo szczegółowo na temat rozumienia znamion art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej wypowiada się Juliusz Duda³⁴. Nie podziela, przytoczonych wyżej, poglądów A. Liszewskiej oraz M. Filara. Według J. Dudy, drugi człon art. 20 ust. 1 odnosi się jedynie do przeszczepiania pobranych wcześniej narządów i nie obejmuje swoim zakresem także samego pobierania. Zdaniem tego autora, należy zdecydowanie rozróżnić termin pobierania i przeszczepiania organów. Są to bowiem dwa odmienne zabiegi natury chirurgicznej. Ustawodawca wyraźnie rozróżnił oba terminy, co znajduje uzasadnienie w samej nazwie ustawy transplantacyjnej, gdzie jest mowa zarówno o pobieraniu, jak i przeszczepianiu. Po drugie, wbrew temu co sugeruje A. Liszewska, pobrane komórki, tkanki oraz narządy wcale nie muszą być wykorzystywane wyłącznie do przeszczepiania, na co wskazuje treść art. 2 dawnej ustawy transplantacyjnej (takie samo brzmienie przyjmuje art. 4 obecnej ustawy), który oprócz celu leczniczego wymienia także naukowy, dydaktyczny oraz diagnostyczny. Reasumując, zdaniem J. Dudy, art. 20 ust. 1 penalizuje jedynie branie udziału w przeszczepianiu (a nie pobieraniu) cudzych komórek, tkanek i narządów.

Juliusz Duda zastanawia się, czy znamień „w celu uzyskania korzyści majątkowej” należy odnosić jedynie w stosunku do pierwszego członu art. 20 ust. 1, czy również do drugiego. Zdaniem tego autora, to drugie rozwiązanie jest właściwsze. „Po pierwsze, zagadnienie to jest tak poważne, że gdyby ustawodawca chciał dopuścić karalność uczestniczenia w zabiegu bez chęci uzyskania korzyści majątkowej, to takie przestępstwo stypizowałaby w odrębnym ustępie. Jeśli tego nie uczynił, to wolno przyjąć, że cel uzyska-

³³ Zob. M. F i l a r, *Lekarskie...*, op. cit., s. 184.

³⁴ Por. J. D u d a, op. cit., s. 252–258.

nia korzyści majątkowej odnosi się do wszystkich wariantów zachowania wymienionych w art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej. Po drugie, typ kwalifikowany przez uczynienie sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu (art. 20 ust. 2) niewątpliwie odnosi się do wszystkich wariantów wskazanych w art. 20 ust. 1. Nie ma zatem podstaw do różnicowania strony podmiotowej w ten sposób, że cel osiągnięcia korzyści majątkowej odnosi się do zachowania, a nie odnosi się do brania³⁵.

Ewa Guzik-Makaruk przytacza argument za uznaniem, iż znamie „w celu uzyskania korzyści majątkowej” odnosi się do obu członów art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej. Jej zdaniem: „[...] jeśli przyjąć, że osoba biorąca udział w przeszczepianiu organów, tkanek lub komórek uzyskanych wbrew przepisom ustawy czyni to ze względów altruistycznych, to przy szerokiej wykładni art. 44 ustawy transplantacyjnej wypełniałaby swoim zachowaniem znamiona zbrodni i zasługiwałaby w związku z tym na karę nie krótszą niż 3 lata pozbawienia wolności”³⁶.

Jak słusznie zauważyła A. Liszewska, przepis art. 44 ust. 1 jest bardzo niejednoznaczny. Zatem uznanie dokonania przeszczepu *ex mortuo* wbrew sprzeciwowi nieżyjącego dawcy za czyn karalny, narusza podstawowe funkcje gwarancyjne prawa karnego i zasadę *nullum crimen sine lege*. Przyjęcie karalności z art. 44 ust. 1 spowoduje, że na równi stawiamy lekarza dokonującego przeszczepu wbrew sprzeciwowi nieżyjącego biorcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz bez osiągnięcia takiej korzyści. Kwantum zła w obu przypadkach jest nieporównywalne. Należy zwrócić uwagę, że dokonała się znacząca zmiana jakościowa między art. 20 ust. 1 dawnej ustawy a art. 44 ust. 1 obecnej. W pierwszym przypadku zagrożenie karą wynosiło do 3 lat pozbawienia wolności, zaś obecnie od 3 lat. Mamy zatem do czynienia z niebywałym wręcz zaostrzeniem sankcji karnej. Oznacza to, że rzeczywistą wolą ustawodawcy było jedynie penali-zowanie zachowań związanych z osiąganiem korzyści majątkowej. Zatem tylko wtedy dokonanie przeszczepu wbrew sprzeciwowi nieżyjącego dawcy będzie karalne na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, jeśli u podstaw takiego działania leży cel uzyskania korzyści majątkowej.

Należy zgodzić się z poglądami J. Dudy na temat wykładni art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej. Przepis ten obejmuje jedynie działania lekarza w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie zaś samo działanie

³⁵ Patrz. W. Radecki, w: *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, red. W. Radecki, Wrocław 1999, s. 222–223, cyt. za: J. Duda, *op. cit.*, s. 253–254.

³⁶ E. Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 313.

wbrew przepisom ustawy transplantacyjnej. Uważam za przekonywający argument z wykładni systemowej, że w świetle brzmienia art. 20 ust. 2, nie do obrony jest pogląd, iż art. 20 ust. 1 obejmuje swoim zakresem także działania, u podstaw których nie legło uzyskanie korzyści majątkowej. W pełni zgadzam się z J. Dudą co do kwestii rozumienia zwrotu „bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek”. Uważam, że przeszczepianie to co innego niż pobieranie, są to dwa niezależne od siebie procesy medyczne. Rozróżnienie to znajduje swój wyraz także w nowej ustawie transplantacyjnej, w szczególności zaś w jej tytule, gdzie mowa jest o przeszczepianiu oraz pobieraniu, a także w art. 2, który zawiera słowniczek pojęć, w tym również pobierania. Należy zatem uznać, za J. Dudą, że określenie przeszczepianie użyte w art. 44 ust. 1 nie obejmuje swoim zakresem pobierania.

Reasumując, należy uznać, iż dokonanie pobrania tkanki, organu lub narządu z organizmu nieżyjącego dawcy nie mieści się w znamionach typu czynu zabronionego określonego w art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, niezależnie od tego, czy takie zachowanie zostało podjęte w celu uzyskania korzyści majątkowej, ponieważ pobranie nie mieści się w terminie przeszczepiania, którym ustawodawca posługuje się w tym przepisie. Z kolei wszczepienie pobranego wcześniej organu, wbrew sprzeciwowi wyrażonemu przez nieżyjącego dawcę, będzie stanowiło przestępstwo, jeśli zostało dokonane w celu uzyskania korzyści majątkowej. Dzieje się tak, ponieważ pojęcie wszczepienia mieści się w zakresie słowa przeszczepiania, zaś ustawodawca, w przeciwieństwie do terminu pobierania, nie zdefiniował pojęcia wszczepiania w słowniczku ustawowym w art. 2 ustawy transplantacyjnej.

2.2. Zgoda biorcy

Elementem warunkującym legalne przeprowadzenie przeszczepu organu od nieżyjącej osoby jest uzyskanie zgody biorcy. Według mnie, dokonanie transplantacji *ex mortuo* bez jego zgody należy potraktować jako realizację typu czynu zabronionego określonego w art. 192 k.k. Biorca organu z całą pewnością jest pacjentem, zaś sama metoda *ex mortuo* jest zabiegiem leczniczym w rozumieniu art. 192 k.k.³⁷

³⁷ Co do kwestii problemów interpretacyjnych związanych z art. 192 k.k. por. A. Złotek, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, CPKiNP 2008, z. 2, s. 181–194.

W sytuacji, gdyby lekarz dokonał przeszczepu ze zwłok ludzkich bez zgody pacjenta i jednocześnie popełnił przy tym błąd w sztuce lekarskiej skutkujący uszczerbkiem na zdrowiu albo śmiercią pacjenta, takie zachowanie należałoby ocenić przez pryzmat zbiegu właściwego przepisu art. 192 k.k. z przepisami określającymi typy czynów zabronionych skierowanych przeciwko zdrowiu i życiu³⁸.

2.3. Brak sprzeciwu prokuratora

Transplantacja *ex mortuo* jest niezgodna z prawem, jeśli została przeprowadzona mimo sprzeciwu prokuratora lub sądu. Ze względu na przyjęte przeze mnie stanowisko co do rozumienia art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, zgodnie z którym przepis ten obejmuje swoim zakresem jedynie takie przeszczepienia, u podstaw których legło działanie w celu uzyskania korzyści majątkowej, należy stwierdzić, że o ile lekarz nie działał w celu uzyskania takowej korzyści, jego zachowanie wbrew sprzeciwowi prokuratora należy uznać za nierealizujące znamion art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej. Jednocześnie w ustawie brak jest jakichkolwiek innych przepisów, które ewentualnie wchodziłyby w grę przy kwalifikacji prawnej omawianego przeze mnie zachowania lekarza.

Działanie lekarza wbrew woli prokuratora wypełnia znamiona przestępstwa z art. 239 § 1 k.k. w sytuacji, gdy jest ono jednocześnie utrudnianiem lub udaremnianiem postępowania karnego, mającym na celu uniknięcie przez właściwego sprawcę przestępstwa odpowiedzialności karnej.

2.4. Nieodwracalne ustanie czynności mózgu

Warunkiem legalnego przeprowadzenia zabiegu *ex mortuo* jest jego dokonanie po stwierdzeniu przez niezależną komisję lekarską trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu dawcy organu. W literaturze prawniczej sporo miejsca poświęca się zagadnieniu momentu śmierci³⁹. Wyróżnia się trzy chwile, które można, z punktu widzenia prawa, uznać za czas, w którym nastąpiła śmierć człowieka.

³⁸ Por. A. Z o l l, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Zoll, Kraków 2008, teza 27 do art. 192 k.k.

³⁹ Por. np. G. R e j m a n, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 99–106; A. L i s z e w s k a, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 77; A. Z o l l, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 38–39; J. J a r o s z e k, *Przeszczepy w świetle prawa w Polsce*, Warszawa 1988, s. 39 i n.; J. D u d a, *op. cit.*, s. 75–100.

Pierwsza w czasie następuje śmierć kliniczna. W jej przypadku mamy do czynienia z zatrzymaniem akcji serca i oddechu, które jednak w ramach intensywnej terapii można jeszcze przywrócić. W czasie śmierci klinicznej zostają zachowane funkcje tkanek i narządów człowieka. Jest to zatem stan, w którym przez krótki okres czasu (do 10 minut) istnieje możliwość przywrócenia życia za pomocą zabiegów reanimacyjnych.

Następnie na skutek niedotlenienia organizmu następuje śmierć mózgowa (tkanki tego organu są wyjątkowo wrażliwe na brak tlenu i bardzo szybko obumierają), która oznacza nieodwracalne ustanie funkcji pnia mózgu. Jest to zatem stan, w którym mózg przestał już działać i jednocześnie nie ma możliwości przywrócenia jego normalnych funkcji. Nie oznacza to bynajmniej, że wszystkie komórki, tkanki i narządy człowieka są już martwe. Śmierć człowieka nie jest bowiem chwilą, lecz procesem rozciągniętym w czasie. Jerzy Sawicki nazwał to zjawisko „śmiercią na raty”, bowiem proces umierania ogarnia poszczególne rodzaje tkanek i narządów w różnym czasie⁴⁰. Z medycznego punktu widzenia nie ma wątpliwości, że nie może nastąpić powrót do życia osobniczego wtedy, gdy człowiek został dotknięty śmiercią mózgową. Możliwe jest natomiast sztuczne przytrzymywanie niektórych czynności życiowych (sztuczne oddychanie i krążenie) w celu spowolnienia lub zatrzymania procesu obumierania pozostałych tkanek i narządów. Czynności te nazywane są w medycynie „deanimacją”. Z kolei Marek Sych czynności mające na celu podtrzymywanie życia na takim poziomie nazwał bardzo obrazowo „wentylowaniem zwłok”⁴¹.

Po śmierci mózgowej następuje rozciągnięta w czasie śmierć biologiczna, która oznacza nieodwracalne ustanie wszystkich funkcji organizmu.

W doktrynie prawa karnego nie ulega wątpliwości, że osoba znajdująca się w stanie śmierci biologicznej jest już martwa. Z kolei w stanie śmierci klinicznej, ze względu na jego całkowitą odwracalność i możliwość przywrócenia wszystkich życiowych funkcji organizmu, mamy do czynienia z żywym człowiekiem. Obie sytuacje są zatem klarowne dla kwalifikacji prawnej działania lekarza dokonyującego pobrania organu. W przypadku pobrania narządu od osoby znajdującej się w stanie śmierci klinicznej zachowanie lekarza należy zakwalifikować jako czyn zabroniony z art. 155 k.k. (nieumyślne spowodowanie śmierci). Za mało prawdopodobną należy uznać sytuację odpowiedzialności karnej lekarza za zabójstwo. Miałoby to miejsce w sytuacji, gdyby lekarz, wiedząc że dawca żyje, pobrał od niego

⁴⁰ Powołuję za G. Rejman, *op. cit.*, s. 102.

⁴¹ *Ibid.*

organ, lub nie będąc pewnym, czy człowiek jest martwy, przewidywał możliwość, że jeszcze żyje, a mimo to godził się na śmierć dawcy w wyniku pobrania narządu⁴². W sytuacji śmierci biologicznej człowieka pobranie narządu przez lekarza będzie prawnie irrelewantne, o ile pozostałe warunki legalności takiego zabiegu zostaną spełnione.

Problem pojawia się w przypadku śmierci mózgowej człowieka. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy transplantacyjnej jest ona wystarczająca do przeprowadzenia przeszczepu *ex mortuo*. Oznacza to, że stan śmierci biologicznej został zrównany w skutkach prawnych ze stanem śmierci mózgowej. Zatem pobranie od człowieka znajdującego się w stanie śmierci mózgowej organów jest prawnie legalne, przy zachowaniu pozostałych warunków przeszczepu. Genowefa Rejman zwraca uwagę na to, czy legalne byłoby zachowanie lekarza, który sztucznie przytrzymuje pewne procesy życiowe osoby dotkniętej śmiercią mózgową (osoba ta nie wyraziła za życia sprzeciwu na przeszczep *ex mortuo*) np. poprzez użycie inkubatora i sztucznego serca, po to, by zatrzymać proces obumierania pozostałych tkanek, które następnie wykorzystano by do transplantacji. Z punktu widzenia prawa taka czynność byłaby legalna, bowiem nie mamy w tym momencie do czynienia z żywym człowiekiem, zaś zwłoki ludzkie nie podlegają w tym zakresie ochronie prawnokarnej⁴³. Takie zachowanie lekarza budzi jednak duży sprzeciw natury etycznej, bowiem każdy człowiek powinien mieć umożliwione dokonanie życia w sposób godny i odpowiadający istocie ludzkiej.

⁴² Wobec obecnych zabezpieczeń przewidzianych w ustawie transplantologicznej takie zachowanie wydaje się być czysto teoretyczne. Warto wskazać, że przed dokonaniem przeszczepu *ex mortuo* niezależna komisja lekarska składająca się z trzech lekarzy, posiadających specjalizację, w tym co najmniej jednego specjalisty z dziedziny anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii, stwierdza jednomyślnie trwałe i nieodwracalne ustanie czynności mózgu (zob. art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej). Żaden z tych lekarzy, którzy stwierdzili zgon, nie może brać później udziału w pobieraniu bądź przeszczepianiu organu (zob. art. 9 ust. 6 ustawy transplantacyjnej).

⁴³ W przeciwieństwie do Kodeksu karnego z 1932 r., który przewidywał prawnokarłą ochronę zwłok ludzkich. Zgodnie z art. 168 k.k. z 1932 r. karalne było znieważenie zwłok ludzkich, zaś na podstawie art. 169 k.k. z 1932 r. nielegalne było usunięcie w części lub w całości zwłok ludzkich spod dyspozycji osoby uprawnionej do ich pochowania. Kodeks karny z 1932 r. przewidywał zatem całkowitą ochronę nietykalności zwłok ludzkich. Sytuacja prawna zmieniła się po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1969 r. Kodeks ten nie przejął rozwiązania prezentowanego przez art. 169 k.k. z 1932 r., tj. ochrony nietykalności zwłok, utrzymał natomiast ochronę uroczystości żałobnych, a także ochronę zwłok, prochów ludzkich i miejsca spoczynku przed ich znieważeniem (art. 197 k.k. z 1969 r.)

2.5. Zabieg *lege artis*

Ostatnim elementem legalnego przeprowadzenia przeszczepu *ex mortuo* jest jego dokonanie *lege artis*. Jak słusznie zwraca uwagę A. Liszewska, wykonanie przeszczepu *ex mortuo* z naruszeniem reguł wiedzy i sztuki medycznej wchodzi w rachubę jedynie wtedy, gdy lekarz dokonuje wszczepienia wcześniej pobranego organu ze zwłok ludzkich (poza sytuacją błędnego „zdiagnozowania” śmierci)⁴⁴. W doktrynie nie budzi wątpliwości, że w sytuacji zaistnienia błędu w sztuce lekarskiej przy tego typu zabiegach, zachowanie lekarza, o ile jest przez niego zawinione, należy zakwalifikować jako popełnienie jednego z przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu. W zależności od skutku działania lekarza, w grę może wchodzić zatem art. 155 k.k. (nieumyślne spowodowanie śmierci), art. 156 § 2 k.k. (nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) oraz art. 157 § 3 k.k. (nieumyślne spowodowanie średniego uszczerbku na zdrowiu). Formy umyślne tych przestępstw mogą wystąpić w sytuacjach bardzo wyjątkowych, bowiem lekarz musiałby mieć świadomość, że działa wbrew regułom wiedzy i doświadczenia, a jednocześnie musiałby chcieć lub przynajmniej godzić się na skutki swojego działania w postaci śmierci pacjenta bądź uszczerbku na zdrowiu.

Moim zdaniem, możliwość zbiegu przepisów istnieje w sytuacji, gdy lekarz dokonuje przeszczepu *ex mortuo* bez zgody biorcy lub innych uprawnionych osób oraz działa wbrew regułom wiedzy i doświadczenia. Według mnie, rację ma M. Filar, który uznaje, że w takich wypadkach należy przyjąć realny zbieg przepisów (11 § 2 k.k.). To samo działanie narusza jednocześnie dwa różne dobra prawne. Z jednej strony uderza w wolność oraz prawo do samostanowienia pacjenta, z drugiej zaś narusza jego życie oraz zdrowie. Z tych też powodów uprawnione wydaje się zawarcie obu przestępstw w kwalifikacji prawnej takiego działania lekarza⁴⁵.

3. Transplantacja *ex vivo*

Transplantacja *ex vivo* składa się z dwóch odrębnych zabiegów medycznych. Pierwszy polega na pobraniu organu z organizmu dawcy (eksplantacja), drugi zaś na wszczepieniu wcześniej pobranego organu do organizmu biorcy (implantacja).

⁴⁴ Por. A. Liszewska, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 77.

⁴⁵ Por. M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 1, s. 66.

Nie ulega wątpliwości, że implantacja jest zabiegiem wyłącznie leczniczym. Jeśli uznamy, że implantacja stanowi kontratyp zabiegu leczniczego, to jego znamionami będzie działanie lekarza w celu leczniczym oraz działanie *lege artis*⁴⁶. Pozostałe przesłanki legalności zabiegu implantacji, ujęte w ustawie transplantacyjnej, są jedynie warunkami o charakterze administracyjno-technicznym. Eksplantacja nie ma charakteru leczniczego. Zatem działanie lekarza polegające na pobraniu organu od żywego dawcy zawsze będzie wymagało kontratypowego uzasadnienia dla swej legalności. Znamiona tej specyficznej okoliczności wyłączającej bezprawność czynu są szczegółowo określone w ustawie transplantacyjnej.

Tu zostaną przedstawione oraz wyjaśnione przesłanki legalności zabiegu *ex vivo*. Następnie spróbuję określić, które z nich mają charakter znamion kontratypu, a które stanowią jedynie warunki o charakterze administracyjno-technicznym.

Przeszczep pomiędzy żyjącymi jest przeprowadzony zgodnie z prawem jeśli są spełnione kumulatywnie następujące przesłanki:

a) Biorca należy do grupy osób określonej w ustawie. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 pobranie organu do przeszczepu *ex vivo* może nastąpić na rzecz krewnego w linii prostej, rodzeństwa, małżonka lub osoby przysposobionej. Wyjątkowo, organ może zostać pobrany na rzecz innej osoby, jeśli uzasadniają to szczególne względy osobiste. Jednak w takim wypadku wymagana jest zgoda sądu rejonowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy, udzielona po wysłuchaniu kandydata na dawcę oraz po zapoznaniu się z opinią Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej. Artykuł 12 ust. 1 ustawy transplantacyjnej nieznacznie różni się od swojego poprzednika. Nieobowiązująca ustawa transplantacyjna z 1995 r. przewidywała, że można dokonać zabiegu *ex vivo* za zgodą sądu rejonowego na rzecz „innej osoby bliskiej”. W dawnym stanie prawnym w doktrynie pojawiły się wątpliwości, jak należy rozumieć to sformułowanie. Zdaniem M. Filara, sformułowanie „inna osoba bliska” oznaczało osoby związane z potencjalnym dawcą węzłem pokrewieństwa lub powinowactwa innym niż opisane w art. 9 ust. 1 pkt 1 starej ustawy transplantacyjnej (były to takie same więzi jak w obecnej ustawie), a także osoby związane z nim określonym związkiem emocjonalnym⁴⁷. W podobnym tonie wypowiadał się także Jacek Ignaczewski, który za „inną

⁴⁶ Takie znamiona kontratypu zabiegu leczniczego przedstawia L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 126–127.

⁴⁷ Por. M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 176–177.

osobę bliską” uznawał dalszych krewnych potencjalnego dawcy oraz osobę pozostającą z nim we wspólnym pożyciu⁴⁸. Myślę, że w obecnym stanie prawnym, pomimo zmiany określenia „inna osoba bliska” na „uzasadnione szczególne względy osobiste”, uwagi obu autorów pozostają nadal aktualne, z zastrzeżeniem, że w nowym stanie prawnym wydaje się, iż ustawodawca położył większy nacisk na kwestię więzi emocjonalnych pomiędzy dawcą a biorcą. Nie ulega jednak wątpliwości, że każdy przypadek sąd powinien badać indywidualnie i nie da się utworzyć abstrakcyjnej listy osób, które zawsze, w oderwaniu od konkretnej sytuacji, będą podpadać pod znamię „szczególnie uzasadnionych względów osobistych”. Istotne znaczenie ma również fakt, że postępowanie sądowe w sprawie udzielenia zgody na przeszczep *ex vivo* jest rozpoczynane wyłącznie na wniosek potencjalnego kandydata na dawcę (zob. art. 13 ust. 3 ustawy transplantacyjnej). W przypadku, gdy przedmiotem pobrania jest szpik kostny lub inna regenerująca się komórka lub tkanka, pobranie może nastąpić na rzecz innej osoby niż krewny w linii prostej, małżonek, osoba przysposobiona oraz rodzeństwo. Nie ma także wymogu zgody sądu rejonowego w stosunku do tych innych osób (zob. art. 12 ust. 1 pkt 2 oraz art. 13 ust. 2 ustawy transplantacyjnej). Podstawą odmiennego uregulowania pobrania szpiku kostnego oraz innych regenerujących się tkanek i komórek oraz pobrania innych organów były różne konsekwencje dla zdrowia dawcy. W przypadku pobrania organów parzystych (np. nerki) skutki te są o wiele bardziej dotkliwe niż co do szpiku oraz organów regenerujących się⁴⁹.

b) Pobranie i przeszczepienie komórek, tkanek i narządów jest zasadne i celowe w świetle aktualnego stanu wiedzy (zob. art. 12 ust. 1 pkt 3 ustawy transplantacyjnej). Obowiązek ustalenia celowości i zasadności zabiegu transplantacji spoczywa zarówno na lekarzach dokonujących pobrania organu od określonego dawcy, jak i na lekarzach dokonujących następnie wszczepienia tego organu do organizmu określonego biorcy, co wynika wprost z ustawy transplantacyjnej. W poprzednim stanie prawnym nie było jasne, jak należy rozumieć sformułowanie „lekarz mający dokonać przeszczepu”, zawarte w odpowiedniku obecnego art. 12 ust. 1 pkt 3. W związku z tym rodziło to problemy, który z zespołów lekarskich jest odpowiedzialny za ustalenie zasadności i celowości zabiegu. Marian Filar sugerował, że określenie „lekarz mający dokonać

⁴⁸ Por. J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 72.

⁴⁹ G. Rejman wskazuje np., że pobranie nerki powoduje skrócenie życia dawcy o ok. 5 lat; zob. G. Rejman, *op. cit.*, s. 85.

przeszczepu” odnosi się jedynie do lekarza, który dokonuje wszczepienia wcześniej pobranego organu, ponieważ jest on „panem” całego zabiegu transplantacji, zaś lekarz, który pobiera organ z organizmu dawcy, spełnia jedynie rolę służebną wobec całości zabiegu, dlatego nie można go obarczyć odpowiedzialnością za ustalenie kwestii zasadności oraz celowości transplantacji⁵⁰. Wywody M. Filara straciły jednak na aktualności, ponieważ wykładnia literalna art. 12 ust. 1 pkt 3 obecnej ustawy transplantacyjnej nie budzi wątpliwości co do obowiązku lekarzy („zasadność i celowość pobrania i przeszczepienia komórek, tkanek i narządów od określonego dawcy ustalają lekarze pobierający i przeszczepiający je określonemu biorcy...”). W obecnym stanie prawnym może jednak pojawić się wątpliwość co do tego, czy lekarze pobierający oraz wszczepiający organ badają celowość i zasadność zabiegu jedynie w stosunku do czynności, którą wykonują, czy też w stosunku do całości zabiegu transplantacji *ex vivo*. Wydaje się, że to pierwsze podejście jest właściwsze, zważywszy na to, że obie grupy lekarzy ponoszą osobno odpowiedzialność karną za swoje czynności, niezależnie od odpowiedzialności drugiej grupy. Poza tym pojawia się pytanie, co oznacza, że zabieg ma być zasadny oraz celowy w świetle aktualnego stanu wiedzy? Zdaniem M. Filara, dokonanie przeszczepu *ex vivo* będzie celowe wówczas, gdy realnie rokuje osiągnięcie celu leczniczego u biorcy. Z kolei o zasadności zabiegu *ex vivo* może mówić wówczas, gdy „...nie istnieje żadna »nieprzeszczepowa« technika czy procedura lecznicza, która rokowałaby podobny rezultat ze stopniem prawdopodobieństwa porównywalnym przynajmniej ze stopniem prawdopodobieństwa sukcesu leczniczego, który można osiągnąć w drodze przeszczepu”. Przeszczep *ex vivo* jest zasadny także wtedy, gdy nie jest możliwe z punktu medycznego osiągnięcie podobnego sukcesu metodą *ex mortuo*⁵¹. Marian Filar stoi zatem na stanowisku subsydiarności zabiegów *ex vivo* w stosunku do metod „nieprzeszczepowych”, a także wobec metody *ex mortuo*. W pełni zgadzam się z tym autorem. Jego pogląd znajduje uzasadnienie w koncepcji Marka Safjana⁵², który stoi na

⁵⁰ M. F i l a r, *Lekarskie...*, op. cit., s. 178–179.

⁵¹ Por. *ibid.*, s. 179–180.

⁵² Por. M. S a f j a n, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 8–9. Jak słusznie zauważa M. Safjan, Polska jest jedynie sygnatariuszem konwencji bioetycznej, w świetle zaś art. 88–91 Konstytucji, do bezpośredniego jej stosowania w prawie krajowym wymagana jest ratyfikacja w formie ustawowej, ponieważ zawiera regulacje odnoszące się do praw, wolności i obowiązków określonych w Konstytucji i obejmuje sprawy, co do których wymagana jest forma ustawy (zob. art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5). Z tych też powodów, regulacji zawartych w konwencji bioetycznej nie można stosować bezpośrednio w prawie wewnętrznym. Nie oznacza to bynajmniej,

stanowisku, że przepisy krajowe w razie wątpliwości należy interpretować w ten sposób, aby były zgodne z ogólnym duchem konwencji bioetycznej⁵³. Artykuł 19 konwencji wprowadza wprost zasadę subsydiarności zabiegów *ex vivo*. Mając na uwadze powyższe argumenty, chybiony wydaje się pogląd E. Guzik-Makaruk, która uważa, że transplantacje *ex vivo* oraz *ex mortuo* mają charakter równorzędny, tzn. nie uzależnia się możliwości wprowadzenia transplantacji między żyjącymi od braku możliwości transplantacji organu pobranego *post mortem*⁵⁴.

c) Pobranie organu zostało poprzedzone niezbędnymi badaniami lekarskimi ustalającymi, czy ryzyko zabiegu nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób zdrowia dawcy. Przesłanka ta została określona przez ustawodawcę w art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy transplantacyjnej. W odniesieniu do tego warunku chciałbym jedynie zwrócić uwagę na niefortunność określenia „nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy”. Uważam bowiem, że każde pobranie organu parzystego z organizmu dawcy stanowi zawsze istotne upośledzenie jego stanu zdrowia, co wcale przecież nie oznacza, że zabiegi transplantacji tych organów są bezprawne. Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy kandydatem na dawcę jest kobieta ciężarna, badania lekarskie określające ryzyko zabiegów powinny dotyczyć także mającego się urodzić dziecka i powinny być dokonywane dodatkowo

że przepisy tejże konwencji nie mają żadnego znaczenia dla uregulowań krajowych. M. Safjan zwraca uwagę na to, że konwencja bioetyczna zawiera szereg zasad i klauzul generalnych (np. art. 2 statuuje zasadę prymatu interesu jednostki nad wyłącznym interesem nauki społeczeństwa), które „...mogą wywierać istotny wpływ na stosowanie krajowych regulacji prawnych, ponieważ zawierają one swoiste dyrektywy wykładni, wyrażają jednoznacznie pewien system wartości, który powinien być brany pod uwagę przy poszukiwaniu właściwego sensu konkretnych przepisów, zwłaszcza wtedy, gdy pojawiałyby się możliwości wyboru pomiędzy dwiema sprzecznymi interpretacjami”. M. Safjan nazywa ten wpływ przepisów konwencji bioetycznej na interpretację prawa krajowego „miękką” adaptacją. Autor ten wyraża przekonanie, że także inne niż klauzule generalne przepisy o charakterze bardziej szczegółowym wywierają podobny wpływ na zabiegi wykładni przepisów krajowych. Jeśli natomiast przepis prawa polskiego jest jednoznaczny i wykładnia nie rodzi problemów interpretacyjnych, to należy go zastosować, mimo jego oczywistej sprzeczności z regulacjami konwencji bioetycznej.

⁵³ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie (tekst konwencji bioetycznej w wersji polskiej został zamieszczony m.in. w „Prawie i Medycynie” w 1999 r. oraz w M. S a f j a n, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998).

⁵⁴ Por. E. G u z i k - M a k a r u k, *op. cit.*, s. 302–303.

przy udziale lekarza ginekologa-położnika i neonatologa. W sytuacji gdy dawcą w przeszczepie *ex vivo* jest kobieta ciężarna, nie można dokonać pobrania narządu z jej organizmu. Ustawodawca z góry przesądził, że pobieranie całych organów jest zbyt dużym obciążeniem dla organizmu matki i jej poczętego dziecka. Nawet gdyby kobieta ciężarna wyraziła zgodę na pobranie narządu z jej organizmu, to taka zgoda byłaby prawnie niewiążąca. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 6, dopuszczalne jest wyłącznie pobieranie poszczególnych tkanek lub komórek z organizmu ciężarnej. Nawet w takim wypadku zgoda kobiety jest obwarowana licznymi ograniczeniami związanymi z przeprowadzeniem badań lekarskich określających ryzyko zabiegu dla mającego urodzić się dziecka.

d) Kandydat na dawcę posiada pełną zdolność do czynności prawnych. Wyjątek od tej zasady formułuje art. 12 ust. 2, 3 i 4. Przepisy te wymagają jednak spełnienia następujących dodatkowych warunków wobec przeszczepu *ex vivo*, gdy kandydat na dawcę nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych:

- zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia biorcy, a niebezpieczeństwa takiego nie można uniknąć w inny sposób;
- biorcą może być wyłącznie rodzeństwo;
- przeszczep może dotyczyć jedynie szpiku kostnego lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej;
- przeszczep nie spowoduje dającego się przewidzieć upośledzenia sprawności organizmu dawcy;
- występuje zgoda przedstawiciela ustawowego, a gdy małoletni ma ukończone 13 lat – także jego zgoda;
- sąd opiekuńczy wyraził zgodę na zabieg na wniosek przedstawiciela ustawowego bądź małoletniego, który ukończył lat 16.

e) Kandydat na dawcę wyraził zgodę na zabieg pobrania organu w formie pisemnej. Zgoda wyrażana przez dawcę obejmuje, co do zasady, określonego biorcę. Wyjątkiem jest przeszczep szpiku kostnego bądź innej regenerującej się komórki, gdzie pobranie może nastąpić na rzecz anonimowego biorcy. Wyrażenie zgody przez kandydata na dawcę powinno zostać poprzedzone szczegółowymi, pisemnymi informacjami o rodzaju zabiegu, ryzyku związanym z tym zabiegiem oraz o dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości. Te informacje powinny zostać przekazane dawcy zarówno przez lekarza dokonującego zabiegu, jak i przez innego lekarza, który nie jest bezpośrednio związany z tą konkretną transplantacją (zob. art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy transplantacyjnej). Obok tego kandydat na dawcę powinien

być także poinformowany o skutkach dla biorcy wynikających z wycofania zgody na pobranie komórek, tkanek lub narządu, związanych z ostatnią fazą przygotowania biorcy do dokonania ich przeszczepienia (zob. art. 12 ust. 1 pkt 9 ustawy transplantacyjnej).

f) Kandydat na biorcę wyraził zgodę na zabieg. Przepisy ustawy transplantacyjnej nie przewidują żadnych wymogów co do formy takiej zgody, dlatego też należy uznać, iż mają w tym zakresie zastosowanie przepisy ustawy lekarskiej jako *lex generalis*. Uważam, że wszelkie przeszczepy *ex vivo* można zakwalifikować do grupy zabiegów wymienionych w art. 34 ust. 1 (chodzi o zabiegi operacyjne oraz metody leczenia bądź diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta). Co do zasady więc zgodę na tego rodzaju transplantację, należy zgodnie z tym przepisem wyrazić w formie pisemnej. Wyjątkiem od tej regulacji jest art. 34 ust. 7, który przewiduje sytuację, w której nie potrzeba w ogóle zgody uprawnionych podmiotów. Uważam, że art. 12 ust. 1 pkt 9 ustawy transplantacyjnej nie jest sprzeczny z art. 34 ustawy lekarskiej w kwestii podmiotu uprawnionego do wyrażenia zgody na metodę *ex vivo*. Wręcz przeciwnie, oba te przepisy się wzajemnie uzupełniają. Konsekwencją tego będzie stwierdzenie, że osobą uprawnioną do wyrażenia zgody jest co do zasady sam pacjent (zob. art. 34 ust. 1 ustawy lekarskiej). Wyjątkowo mają także zastosowanie przepisy o zgodzie kumulatywnej oraz zastępczej przewidziane w art. 34 ust. 3–6 ustawy lekarskiej, a to oznacza, że w pewnych przypadkach osobą uprawnioną do udzielenia zgody na przeszczep *ex vivo* mogą być przedstawiciele ustawowi bądź odpowiedni sąd opiekuńczy. Ze względu na ramy niniejszej pracy rezygnuję z omawiania problemów prawnych związanych ze stosowaniem przepisów art. 34 ustawy lekarskiej i odsyłam w tym zakresie do wypowiedzi przedstawicieli doktryny⁵⁵. Na końcu rozważań na temat zgody biorcy przy zabiegach *ex vivo*, pragnę zwrócić uwagę, że przed udzieleniem zgody kandydat na biorcę powinien być poinformowany o ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek, tkanek lub narządu oraz o możliwych następstwach pobrania dla stanu zdrowia dawcy.

g) Zabieg *ex vivo* został dokonany *lege artis*. Uważam, że ponowne omawianie problematyki działań zgodnych z regułami sztuki medycznej jest zbędne, dlatego też w tym miejscu pragnę jedynie odesłać do moich rozważań w analogicznym punkcie odnoszącym się do zabiegów *ex mortuo*.

⁵⁵ Zob. np. M. Filar, *Lekarskie...*, op. cit., s. 263–266.

Należy się zastanowić, które z przedstawionych wyżej warunków odnoszą się do pobrania organu z organizmu dawcy (eksplantacja), a które do jego wszczepienia do organizmu biorcy (implantacja). Zdaniem J. Dudy, z którym w tym zakresie w pełni się zgadzam, warunkami legalności eksplantacji są: wymóg odpowiedniego kręgu podmiotów, zasadność i celowość zabiegu, poprzedzenie pobrania odpowiednimi badaniami lekarskimi, obowiązek informacyjny lekarza co do zabiegu i ryzyka z nim związanego, zgoda na zabieg, a także pełna zdolność do czynności prawnych kandydata na dawcę. Z kolei do implantacji odnosi się wymóg odpowiedniego kręgu podmiotów, zasadność i celowość zabiegu, obowiązek informacyjny lekarza, zgoda na zabieg oraz cel leczniczy zabiegu⁵⁶.

Juliusz Duda jest zwolennikiem kontratypowego ujęcia zarówno eksplantacji, jak i implantacji. Jego zdaniem art. 9 i 10 dawnej ustawy transplantacyjnej (obecnie art. 12 i 13) są przykładem na to, że nie można sensownie powiedzieć o zabiegu wszczepienia organu, że ma charakter pierwotnie legalny. Warunkiem implantacji, obok celu leczniczego i działania *lege artis*, jest bowiem także przynależność do odpowiedniego kręgu podmiotów. Wydaje się, że w ramach działania *lege artis*, J. Duda umieszcza zasadność i celowość zabiegu⁵⁷. Z kolei znamionami kontratypu eksplantacji będą, zdaniem tego autora, wszystkie warunki legalności przedstawione w ustawie. Juliusz Duda uznaje pobranie narządów w ramach metody *ex vivo* za specyficzny kontratyp, którego znamionami są znamiona charakterystyczne dla zabiegu leczniczego, takie jak zgoda na zabieg, obowiązek informacyjny lekarza, działania *lege artis*, oraz inne przesłanki nieznane dla kontratypu zabiegu leczniczego, takie jak odpowiedni krąg osób oraz pełna zdolność do czynności prawnych⁵⁸.

Nie do końca podzielałam te poglądy J. Dudy. Wydaje mi się, że nie zauważył on bardzo ważnej kwestii, a mianowicie tego, że nie wszystkie warunki legalności, czy to eksplantacji, czy to implantacji, muszą stanowić znamiona tworzące kontratyp odpowiednio zabiegu leczniczego (w odniesieniu do wszczepienia organu) i eksplantacji.

Jak już wyżej wspominałem, J. Duda wszystkie warunki zabiegu implantacji uznaje za znamiona kontratypu (zgoda, obowiązek informacyjny, przynależność do kręgu osób, działanie *lege artis*).

Uważam, że część z tych warunków należy uznać za wymogi o charakterze wyłącznie administracyjnym. Jestem zdania, że ze względu na

⁵⁶ J. D u d a, *op. cit.*, s. 128.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 130.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 129.

przedmiot ochrony, znamionami kontratypu zabiegu leczniczego mogą być tylko te warunki, które odnoszą się do życia i zdrowia pacjenta. Takie założenie potwierdza również ustawodawca, który dla ochrony prawa do samostanowienia wprowadził odrębny typ czynu zabronionego określony w art. 192 k.k. Życie i zdrowie nie jest nawet pobocznym dobrem prawnym chronionym przez ten przepis. Moim zdaniem, tylko warunki legalności odnoszące się do kolizji dóbr i społecznej opłacalności poświęcenia jednego z tych dóbr mogą stanowić znamię kontratypu. Oczywiście warunek zgody na zabieg leczniczy odnosi się do kolizji dóbr (prawo do samostanowienia oraz prawo do życia), ale kontratyp zabiegu leczniczego ma na celu ochronę życia i zdrowia, a nie samostanowienie pacjenta.

Ponieważ wykluczyłem ze znamion kontratypu zabiegu leczniczego zgodę pacjenta, naturalne jest wyłączenie także obowiązku informacyjnego lekarza o ryzyku zabiegu i jego następstwach. Obie przesłanki są ze sobą immanentnie związane i należy je rozpatrywać łącznie.

Wbrew temu co pisze A. Liszewska⁵⁹, uważam, że przynależność biorcy do określonego kręgu podmiotów nie może być znamieniem kontratypu. Jestem zdania, że jest to jedynie wymóg o charakterze administracyjnym. Wprowadzenie go miało na celu ochronę procesu transplantacyjnego przed nadużyciami związanymi z handlem organami. Nie można powiedzieć, że jeśli przeszczepimy organ biorcy nie należącemu do uprawnionego kręgu podmiotów, to w ten sposób uderzamy w życie i zdrowie pacjenta, a przecież te przedmioty ochrony prawnej są istotne dla kontratypu zabiegu leczniczego.

Reasumując, jestem zdania, że kontratyp implantacji *ex vivo* posiada jedynie dwa znamiona konstruujące go, a mianowicie cel leczniczy oraz działanie zgodne z zasadami sztuki medycznej. W ramach tych zasad funkcjonuje warunek zasadności i celowości zabiegu w świetle aktualnego stanu wiedzy.

Odpowiedzialność karna lekarzy dokonujących wszczepienia może pojawić się jedynie w dwóch sytuacjach. Pierwsza ma miejsce, gdy biorca nie wyraził ważnej zgody na zabieg. Wtedy lekarz dokonujący wszczepienia będzie odpowiadał za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta z art. 192 k.k. Natomiast druga ma miejsce wtedy, gdy lekarz wszczepiający organ popełnił błąd w sztuce lekarskiej (naruszenie warunku zasadności i celowości zabiegu). W takim wypadku będzie on odpowiadał za popełnienie przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu.

⁵⁹ Por. A. Liszewska, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 80–82.

Naruszenie warunku odpowiedniego kręgu biorców nie będzie, moim zdaniem, rodziło żadnej odpowiedzialności karnej lekarza, o ile u podstaw jego działania nie leżało uzyskanie korzyści majątkowej (wtedy należy przyjąć art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej). Brak jest bowiem odpowiedniego przepisu karnego, obejmującego swoim zakresem takie zachowanie. Ewentualną odpowiedzialność lekarza należy rozpatrywać przez pryzmat przepisów o odpowiedzialności zawodowej.

Na marginesie chciałbym zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję J. Dudy. Z jednej strony przyjmuje on, że wszystkie warunki legalności eksplantacji i implantacji *ex vivo* stanowią znamiona kontraktów, z drugiej uznaje, że np. brak zgody biorcy będzie rodził odpowiedzialność karną lekarza z art. 192 k.k., a nie z przepisu określającego typ czynu zabronionego przeciwko zdrowiu i życiu. Konsekwencją przyjęcia, że zgoda lub przynależność do odpowiedniego kręgu osób uprawnionych są znamionami kontraktu, jest odpowiedzialność lekarza za przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu w razie ich naruszenia.

Charakter prawny zabiegu eksplantacji nie budzi wątpliwości w doktrynie. Zarówno zwolennicy koncepcji pierwotnej legalności A. Zolla (m.in. A. Liszewska oraz M. Filar), jak i jej przeciwnicy (m.in. J. Duda) przyjmują, że pobranie organu z organizmu dawcy jest zawsze czynnością, wymagającą uzasadnienia kontraktowego.

Przesłankami legalności zabiegu eksplantacji są: odpowiedni krąg podmiotów, zasadność i celowość zabiegu, pobranie organu poprzedzone niezbędnymi badaniami lekarskimi, obowiązek informacyjny lekarza, zgoda dawcy na zabieg, pełna zdolność do czynności prawnych kandydata na dawcę organu.

Najistotniejszą kwestią dla odpowiedzialności karnej lekarza dokonującego eksplantacji jest ustalenie, które z warunków legalności określonych w ustawie mają charakter znamion kontraktu, a które są jedynie wymogami o charakterze administracyjnym.

Juliusz Duda uważa, że wszystkie te przesłanki stanowią znamiona kontraktu eksplantacji *ex vivo*. Jego zdaniem: „[...] w przypadku zabiegu pobrania narządów, komórek, tkanek od dawcy *ex vivo* mamy do czynienia ze szczególnym kontraktem eksplantacji *ex vivo*, który pochłania obiektywne przesłanki klasycznego kontraktu czynności leczniczych, zawiera dodatkowe warunki mające swe źródło w ustawie transplantacyjnej, a nadto pozbawiony jest elementu subiektywnego, jakim jest cel leczniczy”⁶⁰.

⁶⁰ J. D u d a, *op. cit.*, s. 128–130.

Co do przesłanek legalności metody *ex vivo* warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko A. Liszewskiej. Twierdzi ona mianowicie, że przy odpowiedzialności karnej lekarza w ramach metody *ex vivo* znaczenie mają typy czynów zabronionych przeciwko zdrowiu i życiu określone w Kodeksie karnym oraz art. 20 ust. 1 starej ustawy transplantacyjnej. Jej zdaniem, ten ostatni przepis chroni przede wszystkim przed handlem organami ludzkimi, a także ma na celu zapewnienie przestrzegania zasad przeprowadzenia zabiegów transplantacji. Dobrem pobocznym chronionym przez art. 20 ust. 1 jest życie i zdrowie ludzkie. Dlatego też przepis ten ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy nie zostało naruszone życie bądź zdrowie pacjenta. Jest to bowiem przepis typizujący przestępstwo z narażenia na niebezpieczeństwo. Jeśli to niebezpieczeństwo zrealizuje się w postaci naruszenia dobra, zostaną wypełnione znamiona stosownego typu przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu z Kodeksu karnego. Po drugie, skoro nie każde naruszenie zasad zabiegu transplantacji niesie za sobą odpowiedzialność karną przeciwko zdrowiu i życiu, pojawia się zatem pytanie w jakich wypadkach mamy do czynienia z taką właśnie odpowiedzialnością. Inaczej rzecz ujmując, jest to pytanie o to, które z przesłanek legalności będą tworzyć znamiona kontratypu metody *ex vivo*? Jak wiemy niespełnienie swoim zachowaniem jakiegokolwiek ze znamion kontratypu skutkuje tym, że całe nasze działanie staje się nielegalne. Agnieszka Liszewska wyróżnia więc dwie grupy przesłanek legalności zabiegów *ex vivo*, mianowicie te, które tworzą znamiona kontratypu oraz pozostałe. Do pierwszej grupy autorka ta zalicza: przynależność biorcy do ściśle określonego kręgu podmiotów, pełną zdolność do czynności prawnych dawcy, wyrażenie zgody przez dawcę, która została poprzedzona odpowiednią informacją na temat zabiegu oraz wykonanie transplantacji zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki lekarskiej. Niespełnienie któregokolwiek z tych warunków będzie skutkowało tym, że zachowanie lekarza będziemy rozpatrywać przez pryzmat przepisów Kodeksu karnego odnoszących się do umyślnych przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu. Z kolei pozostałe warunki, w szczególności takie jak sama forma zgody oraz orzeczenie sądu rejonowego o dopuszczalności zabiegu, mają jedynie znaczenie dla popełnienia przestępstwa z art. 20 ust. 1 starej ustawy transplantacyjnej, a nie przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu⁶¹.

Moim zdaniem nie ulega wątpliwości, że znamionami kontratypu eksplantacji *ex vivo* jest zasadność i celowość zabiegu oraz pobranie organu poprzedzone niezbędnymi badaniami lekarskimi. Obie te przesłanki,

⁶¹ Por. A. Liszewska, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 80–82.

zgodnie z tym co pisze J. Duda, są elementami działania *lege artis*, czyli zachowania zgodnego z kanonami sztuki medycznej w świetle aktualnego stanu wiedzy.

Jestem przekonany, że w przeciwieństwie do kontratypu zabiegu leczniczego, znamieniem kontratypu eksplantacji *ex vivo* jest zgoda dawcy na zabieg oraz immanentnie z nim związany obowiązek informacyjny lekarza. Według mnie, inaczej należy traktować zgodę w sytuacji zabiegów leczniczych, a inaczej w odniesieniu do czynności nieterapeutycznych. W tym drugim wypadku zgoda ma na celu nie tylko ochronę prawa do wolności pacjenta, ale przede wszystkim jego życie i zdrowie. Brak celu leczniczego przy czynnościach lekarskich powoduje, że zmienia się charakter zgody na takie czynności.

Wydaje się, że także wymóg pełnej zdolności do czynności prawnych w stosunku do dawcy organu powinien stanowić znamię kontratypu eksplantacji *ex vivo*. Warunek ten został wprowadzony w ustawie transplantacyjnej, właśnie po to, by chronić zdrowie małoletnich osób i zakazać im, z niewielkimi wyjątkami na rzecz szpiku kostnego, bycia dawcą organów w transplantacji. Myślę, że właśnie ze względu na przedmiot ochrony w tym przepisie, jakim jest zdrowie małoletniego, należy zaliczyć wymóg pełnej zdolności do czynności prawnych do znamion kontratypu.

Co do kwestii wymogu przynależności biorcy do określonej grupy podmiotów, uważam, że funkcja tego warunku jest w przypadku zabiegu pobrania narządu taka sama jak w przypadku implantacji. Celem wprowadzenia tego przepisu przez ustawodawcę było zapobieżenie handlowi organami ludzkimi, stąd też moim zdaniem, przesłanka ta jest wymogiem wyłącznie administracyjnym. Warto zwrócić uwagę, że przesłanka przynależności biorcy do określonego w ustawie kręgu osób ma charakter podmiotowy związany, a nie przedmiotowy i choćby z tego tytułu nie może stanowić znamienia kontratypu eksplantacji. Co ciekawe, w momencie dokonywania eksplantacji nie jest określony w sposób definitywny biorca przeszczepu (co prawda pobranie organu dokonuje się w celu przeszczepienia dla określonego człowieka, jednakże w takim wypadku można jedynie mówić o pewnego rodzaju ekspektatywie). Można wyobrazić sobie sytuację, w której organ został pobrany w celu przeszczepienia osobie A, zaś w wyniku nieprzewidzianych wcześniej okoliczności trafił ostatecznie do osoby B (np. przed dokonaniem planowanego przeszczepu zmarła osoba A, zaś sąd wyraził zgodę na dokonanie wszczepienia narządu do organizmu osoby B). O legalności eksplantacji powinien decydować moment, w którym nastąpiło pobranie organu. Późniejsza zmiana osoby biorcy nie będzie miała znaczenia dla

legalności dokonanego wcześniej, zgodnie z prawem, pobrania narządu. Wyżej opisana specyfika przesłanki przynależności biorcy do określonego kręgu podmiotów jest kolejnym argumentem za tym, że nie może ona stanowić znamienia kontratypu eksplantacji.

Ze względu na treść art. 44 ust. 1, zachowanie lekarza polegające na pobraniu organu z organizmu dawcy, pomimo że biorca nie należał do uprawnionego kręgu podmiotów i brak było zgody odpowiedniego sądu rejonowego, nie będzie rodzić żadnej odpowiedzialności karnej, niezależnie od tego czy podstawą takiego działania było uzyskanie korzyści majątkowej. Pobieranie nie mieści się bowiem w terminie przeszczepiania, będącego znamieniem typu czynu zabronionego z art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej. Naruszenie wymogu przynależności biorcy do określonego kręgu osób w ramach transplantacji *ex vivo* jest deliktem administracyjnym i może rodzić po stronie lekarza dokonującego eksplantacji odpowiedzialność zawodową.

Odnosząc się do rozważań A. Liszewskiej na temat zabiegu eksplantacji *ex vivo* uważam, że autorka ta słusznie zauważyła, iż nie wszystkie warunki ustawy transplantacyjnej będą stanowić znamiona kontratypu, ale jednocześnie rozróżnienie, którego dokonała, jest bardzo arbitralne. Nie wskazuje ona żadnego kryterium, na podstawie którego dokonała podziału warunków. Wydaje się, że nie do obrony jest teza A. Liszewskiej, że art. 20 ust. 1 dawnej ustawy transplantacyjnej obejmuje swoim zakresem wszelkie naruszenia ustawy, nawet te, które nie wiążą się z uzyskaniem korzyści majątkowej. O tym, dlaczego tak się dzieje, pisałem już wcześniej.

Reasumując należy stwierdzić, że kontratyp eksplantacji *ex vivo* tworzą następujące znamiona: zasadności i celowość zabiegu oraz wcześniejsze badania poprzedzające pobranie narządu (które razem są jednym z elementów działania *lege artis*), obowiązek informacyjny wraz ze zgodą na zabieg, oraz pełna zdolność do czynności prawnych kandydata na dawcę organu.

Niespełnienie któregośkolwiek ze znamion ma znaczenie dla odpowiedzialności karnej lekarzy dokonujących pobrania organu z organizmu dawcy. Jak już wcześniej wspominałem, dla kwalifikacji prawnej takiego zachowania w grę wchodzić mogą jedynie przepisy Kodeksu karnego określające przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu i to, co do zasady, w ich formach umyślnych, co wynika z istoty modelu kontratypowego czynności lekarskich, a na co w piśmiennictwie zwracał uwagę A. Zoll⁶². Uważam, że w takim wypadku nie ma zastosowania normatywna koncepcja zamiaru

⁶² Por. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 9.

proponowana przez M. Filara⁶³. Moim zdaniem pogląd ten może się sprawdzać jedynie w stosunku do zabiegów leczniczych. Tylko w odniesieniu do nich można sensownie powiedzieć, że skoro lekarz działa z zamiarem leczenia pacjenta i uszkadza jego ciało, po to by go uzdrowić, to nie może jednocześnie jego zachowanie stanowić ataku na życie i zdrowie tego pacjenta. W odniesieniu do zabiegów nieterapeutycznych powyższa koncepcja M. Filara zawodzi. W przypadku zabiegu *ex vivo*, lekarz okalecza pacjenta po to, by leczyć innego człowieka. Inny jest zatem zamiar w stosunku do dawcy organu, a inny w odniesieniu do biorcy⁶⁴.

W zależności więc od skutku jaki wystąpił w rzeczywistości po dokonaniu zabiegu *ex vivo* z naruszeniem przepisów ustawy, zachowanie lekarza można zakwalifikować jako popełnienie jednego z umyślnych przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu – art. 148 § 1 k.k. (śmierć człowieka), art. 156 § 1 k.k. (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 156 § 3 k.k. (ciężki uszczerbek na zdrowiu skutkujący śmiercią człowieka), art. 157 § 1 k.k. (średni uszczerbek na zdrowiu).

Tu chciałbym powołać się na, moim zdaniem, bardzo przekonujący pogląd J. Dudy, który uważa, że brak zgody dawcy na pobranie organu będzie nie tylko oznaczał odpowiedzialność karną lekarza za odpowiedni typ przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, ale także odpowiedzialność za dokonanie przestępstwa z art. 189 k.k. (pozbawienie wolności). W przypadku bowiem czynności nieterapeutycznych, w razie braku zgody dawcy, nie chodzi tylko o naruszenie zdrowia i życia człowieka, ale także jego wolności⁶⁵.

4. Przeszczep z art. 21 ustawy transplantacyjnej

Zgodnie z art. 21 ustawy transplantacyjnej: „Komórki, tkanki, lub narządy mogą być pozyskane w celu przeszczepienia z narządów lub ich części usuniętych z innych przyczyn niż w celu pobrania z nich komórek, tkanek lub narządów, po uzyskaniu zgody na ich użycie od dawcy lub jego

⁶³ Por. M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 184–186.

⁶⁴ Odpowiedzialność karną za umyślne przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu w odniesieniu do działań lekarza przy pobraniu organów z organizmu dawcy przyjmuje A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 239, oraz A. Liszewska, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 80; także A. Zolli, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępnosć czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 20–21. Przeciwnego zdania jest M. Filar.

⁶⁵ J. Duda, *op. cit.*, s. 163.

przedstawiciela ustawowego”. Jestem zdania, że zabieg określony w tym przepisie należy uznać za wyłącznie leczniczy. W tym wypadku mamy do czynienia z dwoma, oddzielnymi od siebie czasowo, czynami. Pierwszym z nich jest usunięcie określonego organu bądź jego części z ciała człowieka. Cel takiego zachowania może być różny (np. pobranie wycinka tkanki w celach badawczych lub diagnostycznych, amputacja kończyny w celu uratowania życia pacjentowi itp.). Przymiot pierwotnej albo wtórnej legalności takiego zachowania należy badać pod kątem celu jaki przyświeca usunięciu organu z organizmu człowieka (cel leczniczy w przypadku amputacji – zachowanie pierwotnie legalne, cel badawczy w przypadku pobrania wycinka tkanki – zachowanie wtórnie legalne). Dla nas, z punktu widzenia art. 21 ustawy, istotne jest wyłącznie drugie zachowanie, polegające na wszczepieniu wcześniej usuniętego organu (nie ma znaczenia z jakiego powodu został on usunięty, byleby nie był to powód transplantacyjny, bo mamy wtedy do czynienia ze zwykłą transplantacją *ex vivo*). Takie działanie należy uznać za zwykłą czynność wszczepienia organu, które jest zabiegiem wyłącznie leczniczym. Przeszczep określony w art. 21 ustawy transplantacyjnej będzie bezprawny, gdy zostanie dokonany wbrew zasadom sztuki medycznej lub bez zgody uprawnionych podmiotów określonych w tym przepisie.

Na marginesie chciałbym zaznaczyć, że G. Rejman, co do tego rodzaju transplantacji, wypowiadała się jeszcze przed uchwaleniem ustawy transplantacyjnej. Autorka ta twierdziła, że przeszczep może polegać na wykorzystaniu części ciała (np. amputowanej kończyny) pozostawionych przez pacjenta w zakładzie leczniczym w związku z leczeniem⁶⁶. Według G. Rejman powstaje w takiej sytuacji dość istotny spór o to, czy lekarz ma prawo rozporządzenia, w celach leczniczych (np. w celu przeszczepienia tej części innemu pacjentowi), pozostawionymi przez pacjenta częściami ciała w zakładzie opieki zdrowotnej. Autorka powołuje się m.in. na Mieczysława Sośniaka, zdaniem którego nie ma żadnych przeszkód, aby uznać, iż odłączona część organizmu człowieka stanowi własność zakładu opieki zdrowotnej (poprzez nabycie rzeczy niczyjej) i dlatego może zostać przez ten zakład rozporządzona dla celów transplantacyjnych. Jednocześnie M. Sośniak podkreśla, że w sytuacji, gdy na przeszczep oczekuje kilka osób, w tym osoba bliska dawcy amputowanego organu, to w takim wypadku jest uzasadnione, aby dawca miał prawo zlecić oddanie takiej tkanki lub narządu tej właśnie osobie⁶⁷. Moim zdaniem, problem nakreślony przez G. Rejman

⁶⁶ Por. G. Rejman, *op. cit.*, s. 79–80.

⁶⁷ Por. M. Sośniak, *Zagadnienia prawne przeszczepów*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 2, cyt. za: G. Rejman, *op. cit.*, s. 80.

ma obecnie niewielkie znaczenie praktyczne. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, aby można było przeszczepić biorcy amputowany organ innego człowieka. Z założenia usuwa się określony organ, bo stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia człowieka. Po co zatem wszczepiać chory organ do organizmu biorcy? Ustawodawca w ustawie transplantacyjnej z 2005 r. objął art. 21 ustawy wyżej przedstawione sytuacje. Oczywiście zakres tego przepisu jest znacznie szerszy niż przywoływana na początku amputacja organu człowieka. Obejmuje on także sytuacje, w których określona tkanka zostaje pobrana np. w celach diagnostycznych, a dopiero później zmienia swoje pierwotne przeznaczenie i zostaje użyta w celach transplantacyjnych. W takim wypadku wymóg zgody dawcy nie budzi większych wątpliwości. Uważam, że koncepcja M. Sośniaka nie ma żadnego uzasadnienia prawnego. Nie można uznawać, opierając się wyłącznie na doktrynie prawa, iż zakład leczniczy nabywa własność amputowanego organu z organizmu pacjenta w sposób pierwotny i może nim dowolnie dysponować. Zasadniczo części ciała ludzkiego są wyjęte z obrotu prawnego, chyba że co innego wynika ze szczegółowych regulacji prawnych. Taką regulacją jest w szczególności art. 21 ustawy transplantacyjnej, który statuuje wymóg zgody dawcy na użycie usuniętych z jego organizmu tkanek, komórek oraz narządów i w tym zakresie ogranicza możliwość swobodnego dysponowania nimi. Prawo nie wypowiada się na temat prawa własności części ciała ludzkiego usuniętych z organizmu pacjenta, zatem nie można domniemywać o pierwotnym nabyciu własności organów przez zakład leczniczy, tak jak robi to M. Sośniak.

Odpowiedzialność karna lekarza za dokonanie zabiegu określonego w art. 21 ustawy transplantacyjnej może wchodzić w rachubę w trzech alternatywnych przypadkach:

a) gdy lekarz dokonał zabiegu niezgodnie z zasadami sztuki medycznej;

b) gdy zabieg został dokonany bez zgody osoby, od której pochodziły organy (ewentualnie bez zgody przedstawiciela ustawowego takiej osoby);

c) gdy zabieg został dokonany bez zgody biorcy (ewentualnie bez zgody innego uprawnionego podmiotu).

W pierwszym wypadku, zachowanie lekarza niezgodne z regułami sztuki medycznej rodzić będzie odpowiedzialność karną za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. W zależności od skutku działania lekarza w grę może wchodzić zatem art. 155 k.k. (nieumyślne spowodowanie śmierci), art. 156 § 2 k.k. (nieumyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) oraz art. 157 § 3 k.k. (nieumyślne spowodowanie średniego uszczerbku na zdrowiu). Formy umyślne tych przestępstw mogą wystąpić w sytuacjach

bardzo wyjątkowych, bowiem lekarz musiałby mieć świadomość, że działa wbrew regułom wiedzy i doświadczenia, a jednocześnie musiałby chcieć lub przynajmniej godzić się na skutki swojego działania w postaci śmierci pacjenta bądź uszczerbku na zdrowiu.

W przypadku, gdy lekarz dokonał szczególnego rodzaju transplantacji z art. 21 ustawy bez zgody biorcy organu należy stwierdzić, że takie zachowanie lekarza wypełnia znamiona typu czynu zabronionego określonego w art. 192 k.k., bowiem ta transplantacja, jako czynność o charakterze leczniczym mieści się w zakresie terminu „zabiegu leczniczego”.

By ten szczególny rodzaj przeszczepu był zgodny z prawem, art. 21 ustawy transplantacyjnej wymaga uzyskania zgody od osoby, od której pochodzi pobrany wcześniej organ lub ewentualnie zgody przedstawiciela ustawowego takiej osoby. Moim zdaniem, dokonanie wszczepienia organu bez zgody tego specyficznego dawcy jest w świetle prawa karnego niekarnalne. W takim wypadku, ten specyficzny dawca organu nie jest w żaden sposób pacjentem w rozumieniu art. 192 k.k. (pacjentem zabiegu określonego w art. 21 ustawy transplantacyjnej jest jedynie biorca, któremu wszczepiamy organ). Nawet szerokie rozumienie pacjenta proponowane przez Leszka Kubickiego w art. 192 k.k. nie będzie obejmować swoim zakresem specyficznego dawcy z art. 21 ustawy transplantacyjnej, ponieważ nie jest on uczestnikiem procesu medycznego⁶⁸. W tym wypadku używamy jedynie jego organu, który został pobrany wcześniej i to w dodatku w celach innych niż sama transplantacja. Należy zwrócić uwagę, że ten specyficzny dawca już raz wyraził zgodę na pobranie z jego organizmu określonej tkanki, komórki czy organu np. dla celów diagnostycznych. Wymóg zgody z art. 21 ustawy transplantacyjnej ma, moim zdaniem, podobne znaczenie, jak sprzeciw przy zabiegach *ex mortuo*. Został wprowadzony po to, żeby uwzględnić zasady moralne lub etyczne dawcy, który może po prostu, podobnie jak dawca *ex mortuo*, nie życzyć sobie, aby organ, który oddał do badania, był później używany dla celów transplantacji. Po drugie, takie działanie lekarza jest zachowaniem niezgodnym z przepisami ustawy, jednakże jeżeli u podstaw tego działania nie leży uzyskanie korzyści majątkowej, nie ma również zastosowania art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej. Po trzecie, nie jest to także dokonanie przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, bowiem lekarz dokonuje naruszenia ciała biorcy, a nie dawcy. Wobec powyższych uwag brak jest przepisu, który mógłby stanowić podstawę do kwalifikacji takiego

⁶⁸ L. K u b i c k i, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 35–36.

zachowania lekarza. Zachowanie lekarza można rozpatrywać jedynie pod kątem ewentualnej odpowiedzialności zawodowej.

5. Handel organami ludzkimi

Odpowiedzialność karną za handel organami ludzkimi przewiduje art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, zgodnie z którym zakazane jest nabywanie lub zbywanie cudzej komórki, tkanki lub narządu, a także pośredniczenie w ich nabyciu lub zbyciu, oraz branie udziału w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego dawcy i ze zwłok ludzkich, jeśli u podłoża tych wszystkich czynności legło uzyskanie korzyści majątkowej.

Zgodnie z tym co pisze A. Liszewska, poza zakresem art. 44 ustawy transplantacyjnej znajdują się zatem następujące zachowania:

- a) zbywanie własnych organów;
 - b) pośredniczenie w handlu organami, ale bez osiągnięcia korzyści majątkowej;
 - c) nabywanie i zbywanie cudzych organów, ale również nie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (np. dla uratowania życia bądź zdrowia)⁶⁹;
- oraz, moim zdaniem, także:

- d) branie udziału w przeszczepieniu organów uzyskanych wbrew przepisom ustawy, bez uzyskania przy tym korzyści majątkowej.

Ostatni z podpunktów jest konsekwencją wcześniejszego przyjęcia przeze mnie, iż art. 44 ust. 1 należy rozumieć w ten sposób, że znamię „w celu uzyskania korzyści majątkowej” odnosi się także do drugiego członu omawianego przepisu.

W tym miejscu warto zastanowić się bardziej szczegółowo nad kwestią niekaralności zbywania własnych organów. Okazuje się bowiem, że sprawa jest nieco bardziej skomplikowana niżby się to mogło wydawać z literalnego brzmienia art. 44 ust. 1. Należy się zastanowić, czy osoba, która zbywa własne organy, nie realizuje którejś z form zjawiskowych. Inaczej mówiąc, czy nie jest ona pomocnikiem do przestępstwa określonego w art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej.

Przepisy dotyczące form zjawiskowych popełnienia przestępstwa mają zastosowanie do wszystkich typów czynów zabronionych określonych

⁶⁹ A. Liszewska, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 82–83.

w ustawie transplantacyjnej. Zgodnie z art. 116 k.k., przepisy części ogólnej Kodeksu karnego mają zastosowanie do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. Takiego wyłączenia brak jest w ustawie transplantacyjnej.

Wydaje się, że działanie osoby sprzedającej własny organ realizuje wszystkie znamiona pomocnictwa. Zbywca swoim zachowaniem obiektywnie ułatwia nabywcy popełnienie przestępstwa – dostarcza przedmiot (organ), na którym zostaje popełniony czyn zabroniony. Moim zdaniem, także strona podmiotowa pomocnictwa zostaje zachowana. Zbywca w każdym przypadku co najmniej godzi się na dokonanie przestępstwa przez osobę dokonującą kupna narządu. Za karalnością sprzedaży własnych organów może przemawiać treść art. 43 ustawy transplantacyjnej, który przewiduje odpowiedzialność karną za rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu własnych organów.

Uważam, że mimo powyższych argumentów sprzedaż własnych narządów jest w świetle polskiego prawa niekaralna. Wykładnia językowa art. 44 ust. 1 jest bardzo klarowna i nie pozostawia furtki do zastosowania innych niż literalna metod interpretacji. Ustawodawca w powyższym przepisie przewidział wprost odpowiedzialność karną za sprzedaż wyłącznie cudzych narządów. Nie można zatem w drodze wykładni systemowej oraz celowościowej (z powołaniem na art. 43 ustawy transplantacyjnej oraz art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 116 k.k. w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej) uznać, iż sprzedawca własnych organów ponosi odpowiedzialność karną. Rozszerzenie odpowiedzialności karnej wbrew wykładni literalnej przepisu jest w polskim systemie prawa niedopuszczalne, ze względu na zasadę *nullum crimen sine lege*.

Artykuł 44 ust. 2 przewiduje typ kwalifikowany przestępstwa z ust. 1, w którym znamieniem kwalifikującym jest uczynienie sobie z popełnienia tego przestępstwa stałego źródła dochodu. Zagrożenie karne typu kwalifikowanego wynosi od 5 do 15 lat pozbawienia wolności.

Z kolei art. 43 stawy transplantacyjnej statuuje odpowiedzialność karną za wykroczenie polegające na rozpowszechnianiu ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia. Zagrożenie karne w tym wypadku oznacza grzywnę, karę ograniczenia wolności lub karę pozbawienia wolności do roku.

Zdaniem J. Dudy, wykroczenie przewidziane w art. 43 ustawy transplantacyjnej jest wykroczeniem formalnym. Dla zaistnienia wykroczenia nie jest wymagane, aby treść ogłoszenia rzeczywiście doszła do większej

liczby osób. Według tego autora art. 43 nienależycie chroni przed handlem organami ludzkimi. Okazuje się, że poza karalnością znajduje się rozpowszechnianie ogłoszeń zawierających ofertę kupna-sprzedaży organu w innym celu, niż w celu ich przeszczepiania (np. dla celów farmaceutycznych). Zdaniem J. Dudy, nie będzie stanowiło wykroczenia z art. 43 następujące ogłoszenie: „Sprzedam tanio nerkę”. Z treści tego ogłoszenia nie wynika, do jakiego celu ma być wykorzystana ta nerka. Można się jedynie domyślać, że chodzi tutaj o cel przeszczepienia. Z wykładni art. 43 ustawy transplantacyjnej wynika, że cel transplantacyjny ma wynikać wprost z samego ogłoszenia. Juliusz Duda postuluje zatem, aby z art. 43 wykreślić słowa: „w celu ich przeszczepiania”. Dopiero taka zmiana legislacyjna spowodowałaby większe zabezpieczenie przed komercyjnym obrotem organami ludzkimi⁷⁰. Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniami tegoż autora.

Ewa Guzik-Makaruk słusznie zauważa, że dla przypisania odpowiedzialności z art. 43 ustawy transplantacyjnej nie wystarcza rozpowszechnienie jednego ogłoszenia. Ustawodawca posłużył się bowiem liczbą mnogą („Kto rozpowszechnia ogłoszenia...”). Zatem dla zaistnienia czynu zabronionego, określonego w art. 43 ustawy transplantacyjnej, istotne jest rozpowszechnianie co najmniej dwóch ogłoszeń⁷¹.

Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zachował się przy konstruowaniu art. 43 i art. 44 ustawy transplantacyjnej wyjątkowo nielogicznie. Okazuje się bowiem, że karalne jest rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu własnych organów (art. 43), a niekaralne pozostaje samo zbycie tych organów (art. 44).

Agnieszka Liszewska słusznie zwraca uwagę na to, czy ustawa transplantacyjna w dostateczny sposób chroni przed handlem organami ludzkimi. Jej zdaniem szczególnie kontrowersyjny jest brak odpowiedzialności w sytuacji pośrednictwa w handlu, jeżeli u podstaw takiego zachowania nie legło uzyskanie korzyści majątkowej oraz pozostawienie poza zakresem penalizacji kwestii sprzedawania własnych organów. Według tej autorki uzasadniony jest natomiast brak odpowiedzialności karnej w sytuacji nabycia organu w innym celu niż uzyskanie korzyści majątkowej (najczęściej będą to sytuacje kupna organu po to, by ratować życie i zdrowie swoje lub osoby najbliższej)⁷².

⁷⁰ Por. J. D u d a, *op. cit.*, s. 249.

⁷¹ E. G u z i k - M a k a r u k, *op. cit.*, s. 307.

⁷² A. L i s z e w s k a, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 82–83.